Rechtsanspruch und Rechtsschutz im neuen deutschen Gemeinderecht

(Eine Betrachtung zum deutschen Verwaltungsrecht der Gegenwart am Beispiel der deutschen Gemeindegesetzgebung seit 1935).

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg

vorgelegt von

Georg Angermaier

Gerichtsreferendar in Würzburg.

1937

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg

Referent: Geheimer Justizrat Universitätsprofessor Dr. W. Laforet

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

in Dank und Ehrfurcht

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Vorwort	
Einleitung	1—2
I. Der Rechtsanspruch und seine Begrenzung	3—23
Rechtsschutz und sein Inhalt	3
Gemeinschaft und Einzelner	4—5
Begriff des öff.-rechtl. Rechtsanspruches	6
Anspruchsberechtigter	7—8
Der materielle öff.-rechtl. Rechtsanspruch	8—13
Der formelle öff.-rechtl. Rechtsanspruch	13
Materieller Aufzählungsgrundsatz	14—15
Die Hoheitsmacht der Hoheitsträger als Eigenschaft	15—16
Vorteilsauswirkung des objektiven Rechtes	16—17
Handeln aus freiem Ermessen	17—18
Übersicht über die Tatbestände der Gemeindegesetzgebung	18—23
II. Das Rechtsschutzverfahren	24—52
Rechtmäßigkeit der Verwaltung	24—25
Begriff des Rechtsschutzes	25
1. Schutz durch verwaltungsgerichtliches Verfahren	26—38
Die einzelnen gemeindegesetzlichen Tatbestände	26
Verwaltungsgerichtsbarkeit im neuen Rechtsdenken	27—28
Verwaltungsgerichtsbarkeit und politisches Handeln	28—29
Formeller Aufzählungsgrundsatz	30
Nachprüfung von Rechtsfragen	30—32
Legitimation zur Kläge	32—33
Leistungsklage, Parteistreitigkeiten	33
Feststellungsklage	34—35
Anfechtungsklage	36
Ursprüngliche unechte Verwaltungsgerichtsbarkeit	37
Verwaltungsgerichtsbarkeit und Einspruchsverfahren	37—38
Verfahren vor dem Verwaltungsgericht	38
2. Schutz durch formelle Rechtsbeschwerde	39—43
Die einzelnen Tatbestände der Gemeindegesetzgebung	39
Die einzelnen Merkmale der Rechtsbeschwerde	40—41
Rechtsbeschwerde	41—43
3. Schutz durch sonstige verwaltungseigene Rechtsbehelfe	44—52
Begriff des Rechtsbehelfes	44—45
Formlose Aufsichtsbeschwerde	45—47
Formlose Gegenvorstellung	47—48
Einspruch	48
Dienstaufsichtsbeschwerde	48—50
Legitimation zum Rechtsbehelf	50—51
Doppelbeschwerde	51—52
Schlußbemerkung	53

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549802_0209

Schrifttum (im Auszug).

Anschütz Gerhard, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Kommentar f. Wissenschaft und Praxis, 14. Aufl. 1932.

— in: Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften, Bd. IV 1924; Art.: Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Bühler Othmar, Die subj. öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914.

— Zur Theorie des subj. öffentlichen Rechtes (Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag 24. 1. 1927) 1927.

Dyroff Anton, Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz 7. Aufl. 1928.

Fleiner Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, 8. Auflage, 1928.

Gündert, Badische Gemeindeordnung v. 5. 10. 1921, 4. Aufl. 1927.

Herrnritt H. R., Grundlagen des Verwaltungsrechtes mit vorzugsweiser Berücksichtigung der in Österreich (Nachfolgestaaten) geltenden Rechtsordnung und Praxis 1921.

Huber R., Wesen und Inhalt der politischen Verfassung, 1935.

Hertle Robert, Das Bayerische Gemeindeabgabengesetz vom 8. 4. 1935 mit Vollzugsbekanntmachung, 1935.

Jerusalem Franz, Der Staat, Ein Beitrag zur Staatslehre, 1935.

Köhler, v. Ludwig, Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechtes, 2. Aufl. 1936.

Koellreutter Otto, Grundriß der allgemeinen Staatslehre, 1933.

Köttgen Arnold, Deutsche Verwaltung, 1935.

Knauth-Wagner, Landesverwaltungsordnung für Thüringen v. 10. 6. 1926, 1927.

Laforet Wilhelm, Deutsches Verwaltungsrecht 1937.

Laforet-von Jan-Schattenfroh, Bayerische Gemeindeordnung (1927), 2 Bde., 1931.

Larenz Karl, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie 1934.

Loening Edgar, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, 1884.

Lutz Richter, Das subj. öffentliche Recht in Archiv des öffentlichen Rechtes n.F. Bd. 8 (1925).

Maunz Theodor, Neue Grundlagen des Verwaltungsrechtes, 1934.

Mayer Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924, 2 Bde.

Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, 7. Aufl. 1919.

Nikolai Helmut, Grundlagen der kommenden Verfassung, 5. Aufl. 1933.

Peters Hans, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, 1926.

Piloty-Schneider: Grundriß des Verwaltungsrechtes in Bayern und dem Deutschen Reich, 4. und 5. Aufl. 1930.

Rottmann H., Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Kritische Studie, 1931.

Sarwey, v. O., Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880.

Schattenfroh Max, Deutsche Gemeindeordnung vom 30. 1. 1935, Erläuterungsausgabe, 1935.

Schmitt C., Staat, Bewegung, Volk, 3. Aufl.

— Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1933.

Tatarin-Tarnheyden, Werdendes Staatsrecht, 1934.
Stengel v. Karl, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, 1886.
Surén-Loschelder, Deutsche Gemeindeordnung, Kommentar 1935.
Westphalen-Fürstenberg, Das Problem der Grundrechte im Verfassungsleben Europas, 1935.
Wörner Otto, Kommentar zur Bayerischen Gemeindeordnung vom 21. 10. 1927, 1931.

Zeitschriften (mit Abkürzungen).

Archiv des öffentlichen Rechtes (ArchöffR)
Bayerische Gemeinde- und Verwaltungszeitung.
Deutsches Recht.
Der Gemeindetag: Zeitschrift für deutsche Kommunalpolitik.
Der Bayerische Bürgermeister, Amtl. Organ des deutschen Gemeindetages Landesdienststelle Bayern.
Deutsche Juristenzeitung (DJZ).
Deutsche Verwaltungsblätter für administrative Praxis (DVerwBl.)
Deutsche Verwaltung (D. Verwaltung).
Die nationalsozialistische Gemeinde.
Juristische Wochenschrift (JW)
Jahrbuch für Kommunalwissenschaft.
Reich und Länder (Monatsschrift für die Entwicklung der deutschen Gesetzgebung, Verwaltung und öffentlichen Wirtschaft).
Reichsverwaltungsblatt (ReichVBl.).
(— 1934: Reichs- und Preußische Verwaltungsblätter: RuPrVerwBl.)
Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (ZgS).

Entscheidungen:

Bay. VGH = Bay. Verwaltungsgerichtshof; mit folgender Zahl: Sammlung von Entscheidungen des bay. Verwaltungsgerichtshofes, München, 1880 ff (mit Band 55).
PrOVG = Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichtes. Herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofes.

Vorwort.

Das Reich der Deutschen wird ein Reich des Rechtes sein. Recht ist Unterpfand seines Bestandes[1]).

Dieses sein Recht hat sich nach jenem Ordnungsstand auszurichten, der als natürliches Recht vor jeder positiven Rechts- und Gesetzesordnung wesenhaft selbständiges Sein hat und von unserem Verstand erkannt, nicht aber in apriorischer Konstruktion geschaffen wird[2]). Das natürliche Recht gilt dem richtigen Rechtsdenken als letzter Ausgangspunkt und eigentlich verpflichtender Grund der positiven Rechtsordnung. Die positive Rechtsordnung hat die Aufgabe bestmöglicher Ausrichtung nach dem natürlichen Recht. Das natürliche Recht vermittelt sich unserer deutschen positiven Rechtsordnung durch das Rechtsempfinden unseres Volkes; das völkische Rechtsempfinden ist in seinen Akzidentien durch geschichtlich offenbar gewordene rassische Eigenarten bestimmt. Da das völkische Rechtsempfinden seinen Ursprung und seine verpflichtende Kraft im natürlichen Recht hat[3]) [4]), steht es vor der positiven Gesetzesordnung. So verstanden hat der Satz Wahrheit: Recht steht vor Gesetz[5]) [6]).

---

1) Schmidt Gg., ReichVBl. 1935 S. 405.

2) So Motive z. BGB Bd. 1 S. 16 (Amtliche Ausgabe 1888): ‚Dem sog. Naturrecht maßgebende Bedeutung (bei der Auslegung der Gesetze) einzuräumen (bad. L.R. Satz 4a, österr. G.B. § 7), verbietet sich schon deshalb, weil diesem durch apriorische Konstruktion gefundenen Recht, dessen Inhalt in jedem gegebenen Fall nur das bildet, was der Konstruierende für wahr hält, objektive Rechtsnormen sich nicht entnehmen lassen.'

3) Es wäre ein Zurückfallen in liberal-rationalistischen Rechtspositivismus, das völkische Rechtsempfinden, dessen positive Geschichtlichkeit — für sämtliche Relationen der Zeit — feststeht, als ein a se und als vom natürlichen Recht unabhängig zu betrachten. Denn das hieße den letzten Verpflichtungsgrund der Rechtsordnung zwar nicht mehr im ausschließlich positiven, historischen Faktum des Gesetzes, aber im ebenso ausschließlich historischen Faktum des Volkes suchen. Das würde gegenüber den Motiven z. BGB Bd. 1 S. 3 (1888) keinen Fortschritt bedeuten, die als letzte Quelle allen positiven Rechtes die Vernunft der Völker bezeichnen, die dem Gesetzesrecht ebenbürtig, wenn nicht überlegen sei.

4) Wenn deshalb gesagt wurde, das Dritte Reich sei der auf deutscher Sittlichkeit und völkischem Rechtsdenken beruhende (Rechts- und) Weltanschauungsstaat (Stuckart, Deutsche Verwaltung 1935 S. 353), so will (die deutsche Sittlichkeit und) das völkische Rechtsdenken richtig nur als causa secunda des deutschen Rechts- (und Weltanschauungs-)staates verstanden sein.

5) vgl. Koellreutter in ReichVBl. 1935 S. 445 (auch in D. Verwaltungsakademie Bd. 1, Beitrag 16).

6) Diese dogmatische Zergliederung kommt nicht einer Zerreißung der gesamten Rechtsordnung in Naturrecht und positives Recht gleich. Vgl. Stadelmayer in Hochland 1935/36 S. 527.

Es ist unleugbares Verdienst der deutschen Gegenwart, die Notwendigkeit dieses am natürlichen Recht ausgerichteten, der positiven Rechts- und Gesetzesordnung durch das völkische Rechtsempfinden vermittelten Rechtsdenkens erneut festgestellt zu haben[7]).

Von diesen Regeln her wird sich der Streit um den deutschen Rechtsstaat allein richtig entscheiden[8]).

---

7) Für die jüngere Vergangenheit vgl. die überaus bedeutsamen Ausführungen von Kohler in ‚Der Tag' (v. 17. 1. 1918): „... Unsere Ahnen betrachteten es (das natürliche Recht) als eine Ergänzung des Gesetzes; sie wußten, daß zwischen Gesetz und Recht ein Unterschied besteht und daß das Gesetz nur einer der Faktoren des Rechtes ist und sie wußten, daß der Richter vor allem nach Vernunft und natürlichem Sinn entscheiden müsse". Das RG hat schon vor einigen Jahren das Naturrecht (in hier vertretener Ansicht) als verbindliche Norm anerkannt: RGSt Bd. 62 S. 67: ‚Unter „Naturrecht" im objektiven Sinn versteht man die Summe von Rechtsnormen, die durch die Natur selbst, nicht erst durch positive Satzung, für die ganze Menschheit verpflichtend sind.' S. auch Beschluß d. Richtervereins beim RG v. 15. 1. 1924 JW 1924 S. 901; unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des 5. Ziv.Sen. v. 28. 11. 1923 sagt der Beschluß: ‚Dieser Gedanke von Treu und Glauben steht außerhalb des einzelnen Gesetzes, außerhalb einer einzelnen positiv-rechtlichen Bestimmung'. So auch RGZ Bd. 100 S. 130 ff. Insbes. vgl. v. Gierke Otto, Naturrecht und deutsches Recht, 1883 passim, Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 116 f, 120 f.

8) Für die richtige Erkenntnis des Rechtsstaatproblems spielt die Bestimmung und Beschreibung von Ziel und Zweck der positiven Rechtsordnung (— Verwirklichung materieller Gerechtigkeit bei vorbetontem Gemeinschaftszweck —) und das Zuordnungsverhältnis von Macht und Recht (vgl. Stuckart in D. Verwaltung 1935 S. 354) und ebenso der Streit um den (wirklichen oder behaupteten) Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht (s. Höhn in einer Buchbesprechung F. W. Jerusalem: Das Verwaltungsrecht und der neue Staat, 1935 — in Deutsches Recht 1935 S. 380) eine Rolle nachgeordneter Bedeutung. Diese Problemstellungen finden die richtige Lösung leicht für den, der den Ausgangspunkt seines Rechtsdenkens vom natürlichen Recht in der hier vertretenen Art nimmt.

Einleitung.

Der eingenommene Ausgangspunkt wird für das Verwaltungsrecht, einen positiven Teil der gesamten positiven Rechts- und Gesetzesordnung, als bestimmendes Merkmal und Ziel das Prinzip der Rechtmäßigkeit erkennen. Aber gerade die Bezugnahme auf das natürliche Recht als dem principium der positiven Rechtsordnung wird es rechtfertigen, auch künftig von der Gesetzmäßigkeit als dem obersten positiven Prinzip der Verwaltungsrechtsordnung zu sprechen[9]).

Im Ringen um die bestmögliche Verwirklichung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wird für Rechtserkenntnis und Rechtssetzung die Stellungnahme zu zwei Fragen von ausschlaggebender Bedeutung[10]):

1. Welche Rechtsstellung verleiht die positive Verwaltungsrechtsordnung ihren Rechtssubjekten und wie ist diese Rechtsstellung begrenzt (Problem des öffentlich-rechtlichen Rechtsanspruchs und seiner Begrenzung).

2. Wie schützt die positive Verwaltungsrechtsordnung die Rechtsstellung ihrer Rechtssubjekte? (Problem des Rechtsschutzes).

Es wird der Versuch gemacht, diese beiden Fragen — sie sind auch künftig Grundfragen des Verwaltungsrechtes — aus dem neuen deutschen Gemeinderecht und für das neue deutsche Gemeinderecht zu beantworten.

Als neues deutsches Gemeinderecht hat im folgenden die Deutsche Gemeindeordnung (DGO) vom 30. Januar 1935 nebst Durchführungsverordnungen, Ausführungsanweisungen und den Überleitungsverordnungen der Länder und das Gemeindeabgabenrecht zu gelten. Soweit Landesrecht in Betrachtung zu ziehen ist, wird aus der Orts- und Sachnähe des Verfassers heraus vorwiegend auf bayerische Verhältnisse Bezug genommen[11]).

---

9) vgl. Huber DJZ 1934 S. 957. Knauth DJZ 1935 Sp. 222; v. Köhler, Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechtes 1936 S. 43. Daß die Aufgabe der Verwaltung damit nicht herabgemindert wird zu einem bloßen Gesetzes vollzug, daß sie auch nicht nur auf Antrieb der Gesetze handelt (s. Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes 8. Aufl. S. 131), sondern in der Erfüllung der Staatsaufgaben, die als Staatsziele von der Führung des Staates gesetzt sind, soweit diese Akte nicht Rechtssetzung und Rechtssprechung sind, sei ausdrücklich festgestellt. S. hiezu: Jeserich in Jahrbuch f. Kommunalwissenschaft 1934 S. 23. Das kommt klar zum Ausdruck, wenn als Aufgabe und Ziel der Verwaltung „die Erhaltung und Entfaltung des Lebensrechtes der Nation" bezeichnet wird. (vergl. Reichs- und preußischer Minister des Innern Dr. Frick in seinem Vortrag vor der Akademie des deutschen Rechts am 23. 10. 1936, VB., südd. Ausgabe vom 24. 10. 1936, 298. Ausg.

10) s. v. Köhler a. a. O. S. 278.

11) s. f. Bayern Bay. Angleichungsverordnung zur Deutschen Gemeindeordnung v. 1. 4. 1935 (Bay. Angl.VOzDGO) (GVBl. S. 180) Bayer. Anpassungs- und

Das Gemeinderecht ist ein bedeutsamer Teil des positiven Ordnungsstandes des deutschen Verwaltungsrechtes überhaupt[12]). Den für diesen Teil des Verwaltungsrechtes zu gewinnenden Erkenntnissen darf deshalb in vieler Hinsicht Allgemeingültigkeit für Erkenntnis und Entwicklung des gesamten Verwaltungsrechtes des neuen Reiches zugesprochen werden. Es ist Aufgabe und Absicht des Verfassers am neuen deutschen Gemeinderecht für den Kreis der gestellten Probleme ein Urteil auch für das deutsche Verwaltungsrecht insgesamt zu gewinnen und zu vermitteln.

Die deutsche Gemeindeordnung mit ihren Nebenbestimmungen und Nebengesetzen der Länder ist das augenblicklich letzte Glied einer langen Kette der Gemeindegesetzgebung. Die Betrachtung des geschichtlich Gewesenen wird deshalb zum Verständnis des geschichtlich Gewordenen auf weite Strecken erforderlich.

Überleitungsverordnung zu den Realsteuergesetzen v. 4. 2. 1937 (Bay. AÜVzRstG) (GVBl. S. 15); Bayer. Gemeindeabgabengesetz (GAG) v. 4. 2. 1937 (GVBl. S. 16) mit Bekanntmachung zur Durchführung des Gemeindeabgabengesetzes vom 4. 2. 1937 (Bek. z. GAG) (GVBl. S. 24); Bayer. Ausführungsgesetz zum Finanzausgleichsgesetz (BayAusfG. z. FAG.) v. 4. 2. 1937 (GVBl. S. 21); Bekanntmachung zur Durchführung der Anpassungs- u. Überleitungsverordnung zu den Realsteuergesetzen v. 4. 2. 1937 (GVBl. S. 22). (Vgl. auch Bayer. Gemeindeabgabengesetz v. 8. 4. 1935 — GVBl. S. 349 — mit Vollzugsvorschriften v. 18. 4. 1935 — GVBl. S. 411 (Vollz.Vor.) —, welche noch bis 1. 4. 1937 gelten: s. § 1 Bay. AÜVzRstG).

12) vgl. Vorspruch zur DGO: „Die Deutsche Gemeindeordnung ist ein Grundgesetz des nationalsozialistischen Staates. Auf dem von ihr bereiteten Boden wird sich der Neubau des Reiches vollenden!“

I. Der Rechtsanspruch und seine Begrenzung.

Fragen des Rechtsschutzes d. h. des Schutzes der Rechts- und Gesetzesordnung und der durch diese Ordnung geschaffenen oder in ihr ruhenden rechtlichen Verhältnisse tragen auf den ersten Blick ein stark formales Gepräge. Das Bild ändert sich mit der Erkenntnis, daß vor dem formalen Rechtsschutz die Fragen nach den materialen Grundlagen dieses Rechtsschutzes stehen. Vor den Fragen der Art und Weise eines zu verwirklichenden Rechtsschutzes hat eine Betrachtung des Gegenstandes des Rechtsschutzes, also seines Objektes zu erfolgen.

Dieses Objekt ist im Konkret-Positiven zu suchen, daß das neue deutsche Gemeinderecht einen Teil der positiven Verwaltungsrechtsordnung darstellt. Dabei wird die Frage nach dem Gegenstand des Verwaltungsrechtsschutzes auch für das Gebiet des neuen deutschen Gemeinderechtes mit der Frage nach dem öffentlich-rechtlichen Rechtsanspruch und seiner Begrenzung zusammenfallen. Es gilt an Hand der vom Gesetz geschaffenen positiven Tatbestände zu prüfen, wie das neue Recht diese Frage stellt und beantwortet.

Dabei lassen sich folgende Ergebnisse feststellen[13]):

Das neue deutsche Gemeinderecht, insbesondere die neue deutsche Gemeindeordnung selbst, anerkennt bestehende und schafft neue Rechtsansprüche des öffentlichen Rechtes. Die neue Gemeindeordnung wird in ihrem Vorwort vom Gesetzgeber als Grundgesetz des nationalsozialistischen Staates bezeichnet. Damit kommen ihren Lösungen und Gestaltungen Bedeutung über den engeren Rahmen des Gemeindeverwaltungsrechtes hinaus zu. Deshalb kann allgemein zum mindesten seit dem Erlaß der DGO kein Zweifel mehr daran bestehen, daß der Gesetzgeber für das neue deutsche Verwaltungsrecht überhaupt auf das Rechtsbild des öffentlich-rechtlichen Rechtsanspruches nicht zu verzichten gedenkt. Den von der neuen Gemeindegesetzgebung in dieser Hinsicht geschaffenen Lösungen nur vorübergehende Bedeutung beimessen zu wollen, geht nicht an. Der Streit über die Vereinbarkeit des öffentlich-rechtlichen Rechtsanspruchs mit dem neuen Rechtsdenken ist damit vom Gesetzgeber in einem bejahenden Sinn entschieden wor-

13) Im einzelnen sei auf die Übersicht bei Anm. 51 ff. verwiesen.

den. Diese Entscheidung des Gesetzgebers ist deshalb besonders bedeutsam, weil sie auf dem Boden des neuen deutschen Rechtsdenkens gefällt worden ist, das für das öffentliche Recht die dualistische Zweiteilung „Staat" und „Einzelpersönlichkeit" überwunden hat. Diese Zweiteilung hat im Rechtsdenken der Gegenwart nur für das Gebiet des bürgerlichen Rechtes Platz, wo der Staat als Fiskus d. h. also auf gleicher Ebene handelnd mit dem Einzelnen zusammentrifft. Für das von der Hoheitsgewalt bestimmte öffentliche Recht ist diese Zweiteilung durch die Vorstellung von der Gemeinschaft ersetzt worden. Dabei ist die Gemeinschaft nicht nur ein Gedachtes, sondern eine reale Wesenheit. Die Gemeinschaft steht vor dem Einzelnen. Die höchste Gemeinschaft ist die Gemeinschaft des Volkes. Das Volk ist nicht die Summe der Einzelnen, sondern eine selbständige, die Einzelnen überhöhende biologische Lebenseinheit aus eigenem Volkstum und eigener Volkheit auf eigener Erde[14]). Mitglied der Gemeinschaft des Volkes (der Volksgemeinschaft) als einer biologischen Gemeinschaft kann nur der Volksgenosse sein. Wer Volksgenosse ist, bestimmt das Gesetz in Ausrichtung nach der biologisch-rassischen Wirklichkeit. Nicht-Volksgenosse ist demnach vor allem jede nicht natürliche Person (d. h. die juristische Person des öffentlichen und des privaten Rechtes) und jede natürliche Person, die nicht gewisse Mindestvoraussetzungen rassisch-biologischer Art erfüllt[15]). Der Nicht-Volksgenosse ist nicht Mitglied der Volksgemeinschaft. Der Nicht-Volksgenosse kann aber Mitglied der im Staat verkörperten Gemeinschaft des Rechts, der Rechtsgemeinschaft sein. Diese im Staat verkörperte Rechtsgemeinschaft überhöht die Vielheit der Nicht-Volksgenossen genau so wirklich (real), lebendig und wesenhaft (essential), wie die Vielheit der Volksgenossen überhöht ist durch die Gemeinschaft des Volkes, das Volk selbst. Für die Volksgenossen ist in der Volksgemeinschaft des Volkes die Rechtsgemeinschaft des Staates mit inbegriffen. Neben Volk und Staat treten auf der Ebene des öffentlichen Rechtes weitere, der Volksgemeinschaft des Volkes und der Rechtsgemeinschaft des Staates nachgeordnete, aber selbständige Gemeinschaften, die eine Vielheit von Einzelnen (natürlichen wie juristischen Personen) nicht nur als Summe, sondern realwesenhaft umfassen. Das gilt insbesondere für die Gemeinde.

Die Gemeinschaft ist demnach nicht in sich starr und ungegliedert, sondern sie ist hierarchisch nach Gliedgemeinschaften geordnet und findet ihren höchsten Ausdruck in der Gemeinschaft des Volkes, in

---

14) vgl. Stuckart, Deutsches Recht 1936 S. 343.

15) vgl. RBG v. 15. 9. 1935 (RGBl. I. S. 1146), 1. DVO z. Reichsbürger-Ges. v. 17. 11. 1935 (RGBl. I S. 1333). vgl. Laforet, Deutsches Verwaltungsrecht 1937, S. 42 ff.

welcher die der Volksgemeinschaft nachgeordneten Gliedgemeinschaften umfaßt werden. Der Einzelne kann von einer Mehrheit von Gemeinschaften gleichzeitig und in verschiedenem Grad erfaßt sein. Die Voraussetzungen dafür bestimmen sich für jede Gemeinschaft und für jeden Einzelnen selbständig. Wegen dieser Hierarchie (dieses ordo) der Gemeinschaften ist es angebracht, schlechthin von der Gemeinschaft zu sprechen, wobei aber stets festzuhalten ist, daß die einzelne in Frage stehende Gemeinschaft sich jeweils nach raum-zeitlichen und sachlich-persönlichen Gegebenheiten bestimmt (a), daß die sämtlichen Gliedgemeinschaften trotz ihrer gliedhaften Selbständigkeit nach der Volksgemeinschaft als der höchsten Gemeinschaft ausgerichtet sind (b) und daß jede Gemeinschaft die Vielheit der Einzelnen nicht als Summe, sondern als lebendige, wirkliche und selbständige Wesenheit umfaßt (c).

Trotz dieser überragenden Stellung der Gemeinschaft ist das Verhältnis des Einzelnen zur Gemeinschaft nicht etwa ein reines Machtverhältnis. Zunächst ist die Gemeinschaft im Verhältnis zum Einzelnen d. h. dem einzelnen Gemeinschaftsangehörigen auch dort, wo sie aus ihrer Hoheitsmacht heraus, also kraft ihrer Macht tätig wird, an die ihrer Macht im natürlichen Recht gesetzten Schranken und Grenzen gebunden. Darüber hinaus hat der einzelne Gemeinschaftsangehörige an der Gemeinschaft auch positiven Anteil; der Einzelne hat gegenüber der Gemeinschaft nicht nur Pflichten; der Einzelne hat innerhalb der Gemeinschaft Befugnisse, die ihm als Glied der Gemeinschaft zukommen. Diese Stellung des Einzelnen innerhalb der Gemeinschaft, seinen Anteil an der Gemeinschaft und s e i n e B e f u g n i s s e innerhalb der Gemeinschaft nennen wir R e c h t s a n s p r u c h.

Es wurde bereits festgestellt: das Bedeutsame an der neuen Gemeindegesetzgebung ist darin zu erblicken, daß der Gesetzgeber vom Standpunkt des neuen Gemeinschaftsdenkens den öffentlich-rechtlichen Rechtsanspruch als eine innerhalb der Gemeinschaft bestehende Befugnis und rechtliche Macht anerkannt hat[16]). Wesen, Inhalt und Umfang des öffentlich-rechtlichen Rechtsanspruches sind dabei stets von der Stellung des Einzelnen innerhalb der Gemeinschaft her zu begreifen.

---

16) Die DGO — es sei nochmals darauf hingewiesen, daß sie sich als Grundgesetz des neuen Staates bezeichnet, vgl. Weidemann in Jahrbuch d. Akademie für Deutsches Recht 1935 S. 90 — hat damit in unvergleichlich deutlicher Art die Versuche all derjenigen ausgeräumt, die glauben wollten, der neue Staat werde gewillt sein oder es aus irgend einem Grunde für nötig finden, auf das Rechtsbild des öff.-rechtl. Rechtsanspruches zu verzichten. Nach diesem Spruch des Gesetzgebers ist es unfruchtbar und unnötig auf Einzelheiten dieses Streites einzugehen. Vgl. aber: Maunz in Deutsches Recht 1935 S. 396: (Konstruktion subj.-öffentl. Rechte ist entbehrlich); ders., Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts

In Ausrichtung nach den gesetzlichen Bestimmungen des neuen Gemeinderechtes ist zu bestimmen: Ein öffentlich-rechtliches Recht oder ein öffentlich-rechtlicher Rechtsanspruch eines Einzelnen ist gegeben, wenn er kraft öffentlichen Rechtes ein bestimmtes Tun oder Unterlassen von der öffentlichen Gewalt oder von einem Dritten verlangen kann[17])[18]).

Im Einzelnen ergibt sich:

Der Rechtsanspruch des öffentlichen Rechtes steht dem Einzelnen

---

1934 S. 29, 31, s. aber S. 32; ders., D.VerwBl. 1934 S. 209 ff., insb. S. 211, 213; Tatarin-Tarnheyden, ArchöffR n.F. Bd. 24 S. 351, 354; ders., Werdendes Staatsrecht 1934 S. 151—167 (Ersatz für die öff.-rechtl. Rechtsansprüche das altgermanische Dreigestirn von Ehre, Freiheit, Eigentum; ähnlich versucht es Maunz mit einem Ersatz durch konkrete Gemeinschaften — hiezu vgl. auch Larenz K., Rechtsperson und subj. Recht 1935 S. 225 ff: ‚konkrete Rechtsstellung des Volksgenossen'.); Krüger, D. Verwaltung 1935 S. 37 ff, 40: ‚Volksgemeinschaft statt subj. Rechte' (im Anschluß an die Entscheidung des Sächs. OVG v. 18. 1. 1935 119—133 I 1934, abg. in ReichVBl. 1935 S. 117 ff —); Fischbach DJZ 1935 Sp. 842 ff, 845; Huber R., ZgS 96. Bd. (1936) S. 445, 446; Höhn R., Deutsche Rechtswissenschaft Bd. 1 (1935) S. 49 ff. In Widerspruch zu früheren Ausführungen (s. insb. ZGS Bd. 95 — 1935 — S. 71 ff) vgl. Maunz in ZgS Bd. 95 (1935) S. 329/330.

Das Rechtsbild wird auch für das neue Recht bejaht von: Hofacker. D. VerwBl. 1935 S. 116; Koellreutter, DJZ 1934 Sp. 629; ders., Allgemeine Staatslehre (Grundriß) 1933 S. 83; Merk, Der Staatsgedanke im 3. Reich, S. 25; Helfritz, ReichVBl. 1935 S. 487; Knauth, ReichVBl. 1933 S. 885 ff; v. Köhler, a. a. O. S. 217, 221, 225, 226; Köttgen, D. Verwaltung 1935 S. 182/183; Peters, Reich und Länder 1936 S. 61; Schmidt Gg., ReichVBl. 1935 S. 834; grundsätzlich bejahend auch Schneider, Deutsches Recht 1935 S. 460. Von sämtlichen wird sowohl die Vereinbarkeit des materiellen wie des formellen öff.-rechtl. Rechtsanspruches mit dem neuen Rechtsdenken bejaht.

17) Vgl. bereits: Art. 10 des Entwurfes einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg (1931) (Verlag von W. Kohlhammer, Stuttgart 1931) S. 9, 100. Vgl. Laforet, aaO. S. 50.

Die überkommene Lehre ging bei der Begriffsbestimmung des öff.-rechtlichen Rechtsanspruches vom Bild des Rechtsanspruchs überhaupt aus, den man als die Befugnis auf ein Tun oder Unterlassen eines anderen bestimmte; vgl. Jhering, Der Zweck im Recht, Bd. 1 S. 443 ff, Bd. S. 188—212; BGB § 194 Abs. I; Kipp, Pandekten 9. Aufl. Bd. 1 S. 156. Auf dem Gebiet des öffentl. Rechtes mußte dann der öffentl.-rechtl. Rechtsanspruch das Tun oder Unterlassen eines anderen in öffentlich-rechtlicher Hinsicht zum Inhalt haben. Die Meinungen waren im einzelnen hinsichtlich der Begriffsbestimmung des öff.-rechtl. Rechtsanspruchs ebenso verschieden wie hinsichtlich seiner Richtung und seines Inhaltes. Fast allgemein war dagegen die Erkenntnis, daß ein öff.-rechtl. Rechtsanspruch nicht erst mit dem Vorliegen eines verwaltungsgerichtlichen oder ordentlich-gerichtlichen Verfahrens, das zu seiner Durchsetzung und seinem Schutz beschritten werden könne, als gegeben zu erachten sei (anders z. B. Laband, ArchöffR a.F. Bd. 19 S. 609).

Im einzelnen vgl. insbesondere zur Begriffsbestimmung des öff.-rechtl. Rechtsanspruchs: Bühler Othmar, Die subj.-öffentl. Rechte und ihr Schutz in der deut-

gegen die öffentliche Gewalt oder gegen einen Dritten zu. Einzelner ist — in diesem Zusammenhang — nicht nur die natürliche Person. Einzelner ist auch die juristische Person des privaten und des öffentlichen Rechtes. Es ist ohne unterscheidende Bedeutung, ob die juristische Person des öffentlichen Rechtes Anstalt oder Stiftung oder Körperschaft ist. Die Gemeinde selbst kann demnach Einzelner im Sinne der Begriffsbestimmung sein.

Der Anspruch richtet sich gegen den Träger der öffentlichen Gewalt oder gegen Dritte. Er kann sich demnach richten gegen den Staat selbst, den ursprünglichen Träger der öffentlichen Gewalt, gegen die Gemeinde, einen abgeleiteten Träger öffentlicher Gewalt, gegen die Landesregierung, welche heute die den ehemaligen Gliedstaaten des Deutschen Reiches zugekommenen Hoheitsrechte ausübt[19]); aber auch unter gleichgeordneten Einzelnen, sie mögen (abgeleitete) Hoheitsträger (z. B. Gemeinden) sein oder nicht (z. B. natürliche Personen oder juristische Personen ohne Hoheitsmacht) können in vom öffentlichen Recht bestimmter Sache öffentlich-rechtliche Ansprüche bestehen; das Gleiche gilt im Verhältnis des Hoheitsträgers[20]) (z. B. der Gemeinde) zum Nichthoheitsträger (z. B. der einzelnen natürlichen

---

schen Verwaltungsrechtsprechung 1914 (im folgenden: 1) S. 224; ders., Zur Theorie des subj.-öffentl. Rechtes (Festgabe für Fritz Fleiner z. 60. Geburtstag 24. 1. 1927) (im folgenden: 2) S. 34 und die dort angegebenen Rechtslehrer; Dyroff, Kommentar z. Bay. Verwaltungsgerichtsgesetz 5, (7.) Aufl. 1917 (1928) S. 260; Stengel, Verw.Archiv Bd. 3 S. 177 ff (Zusammenfassung); Tezner, Verw.-Archiv Bd. 8 S. 915 ff; Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz S. 618 ff, insb. S. 663; Bühler, EnzRW Bd. 4 (1914) S. 87 ff; Mayer Otto, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 1 (3. Aufl. 1924 S. 103 ff (S. 104: rechtliche Macht über die öffentliche Gewalt selbst; und in der französischen Ausgabe Bd. 1 S. 140: pouvoir juridique sur l'exercise de la puissance publique); Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht 7. Aufl. 1914 S. 37 ff; Stengel-Giese, Wörterbuch der Rechtswissenschaft Bd. 3 S. 4 ff; Fleischmann, dass. S. 741 ff; Lutz Richter, ArchöffR. n.F. Bd. 8 (1925) S. 1 ff, S. 48.

18) Ablehnend standen dem Rechtsbild des öff.-rechtl. Rechtsanspruches überhaupt gegenüber: Gneist R., Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland (2. Aufl. 1879) S. 270, 271; F. F. Mayer, Grundzüge des Verwaltungsrechtes und -Rechtsverfahrens 1857 S. 5 (anders in seinem späteren Werke: Grundsätze des Verwaltungsrechtes 1862 S. 23, 438 ff); Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis 1888 S. 13 ff; ders., ArchdZivPr. Bd. 97 S. 1 ff; Bornhak, Preußisches Staatsrecht Bd. 1 (1911) S. 285 ff; ders., Grundriß des Verwaltungsrechtes (5. Aufl. 1916) S. 96. Letzterer hält „eine Bindung und Verpflichtung der allbeherrschenden Staatsgewalt im Verhältnis zum Staatsangehörigen" für unmöglich. (aaO. S. 96).

19) Vgl. Anm. 53.

20) Daß natürliche wie juristische Personen des öffentlichen wie des Privatrechtes auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes untereinander wie im Verhältnis zum Staat Träger von öfft.-rechtl. Rechtsansprüchen sein können, ist unbestritten. Daß der Staat selbst, dort wo er als Fiskus auftritt (z. B. in einer Gemeinde, die Sitz eines Amtsgerichtes ist, als Justizfiskus) Träger von öffentlich-

Person). Insoweit als Anspruchsberechtigter und Anspruchsbezogener einander in Gleichordnung gegenüber stehen[21]) oder Anspruchsberechtigter ein Hoheitsträger (z. B. die Gemeinde) und Anspruchsbezogener kein Hoheitsträger ist (z. B. eine natürliche Person), ist der Anspruchsbezogene „Dritter" im Sinne der Begriffsbestimmung. Diese Folgerungen ergeben sich an Hand des neuen Gemeinderechtes und bedeuten nichts grundsätzlich Neues.

Es gibt materielle Rechtsansprüche des öffentlichen Rechtes[22]). Sie verleihen dem Berechtigten gegenüber dem Anspruchsbezogenen eine Rechtsmacht in unmittelbar sachlicher Hinsicht. Daß dem einzelnen

---

rechtlichen Ansprüchen sein kann (z. B. berechtigt die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen s. § 17 I DGO), bedarf keines Beweises. Auf die umstrittene Frage, ob der Staat auch als Hoheitsträger im konkreten Einzelfall (z. B. aus einem konkreten Steuerverhältnis zu einem bestimmten einzelnen Steuerverpflichteten auf Grund bestimmter einzelner Steuervorschrift) aus öffentlichrechtlichem Rechtsanspruch berechtigt ist oder ob ihm diese Rechtsmacht auch im Einzelfall als Ausfluß seiner Hoheitsgewalt (hier: der Steuerhoheitsgewalt) zukommt, braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Vgl. die Übersicht in: Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg aaO. S. 103. Daran ist festzuhalten: Die Steuerhoheit selbst (ebenso wie jede andere Hoheitsmacht) ist nicht ein öffentlich rechtlicher Rechtsanspruch des Staates, sondern, eine ihm originär zukommende Eigenschaft. Dagegen kann unbedenklich angenommen werden, daß genau soweit, als im Streitfall mit einem Einzelnen die angestrengte Klage als Leistungsklage zu bezeichnen ist (vgl. Anm. 105), auch die Rechtsverhältnisse reichen, innerhalb derer die Gemeinde im Verhältnis zum Einzelnen anspruchsberechtigt im Sinne eines öffentlich rechtlichen Rechtsanspruchs werden kann.

21) (Vgl. z. B. Gemeinde und Gemeinde bei Ansprüchen aus vorläufig gewährter Fürsorge s. §§ 14, 18, 29 RFO, §§ 37, 41 Unterstützungswohnsitzgesetz, Art. 25 Bay.Fürs.G i. d. F. d. Angl.VO. z. DGO v. 1. 4. 1936, GVBl. S. 180, Art. 45 VVG; Gemeinde und Gemeinde als Mitglieder eines Zweckverbandes, vgl. Bay.Angl.VO § 70; natürliche und natürliche Personen).

22) Von den echten öff.-rechtl. Rechtsansprüchen zu scheiden sind die sog. öffentlichen Statusrechte d. h. Eigenschaften des Mitgliedes der Gemeinschaft, die in irgend einer Hinsicht — sehr wohl auch für die Entstehung von öff.-rechtl. Rechtsansprüchen — auf dem Gebiete des öff. Rechts von Bedeutung sind oder werden können. Man muß z. B. die Eigenschaft besitzen, Gemeindeangehöriger zu sein, um das Recht (den öff.-rechtl. Rechtsanspruch) auf Benutzung der öff. Einrichtungen der Gemeinde zu erwerben (§ 17 DGO i. V. m. § 29 I Ziff. 1 DGO). Das Recht hat einen Rechtszustand zur Voraussetzung; dieser rechtliche Zustand, diese rechtliche Eigenschaft ist Voraussetzung seiner Entstehung. Vgl. Dyroff aaO. S. 261; Bühler aaO. (1) S. 249 ff, insb. 251; Meyer-Anschütz, aaO S. 312. Das Bürgerrecht (§§ 5, 19 DGO) das von der überkommenen Lehre lediglich als öffentl.-rechtliche Eigenschaft, als Status gewertet wurde (vgl. Bühler aaO (1) S. 251) ist für die Gemeindeordnung ein wirkliches „Recht" (im Sinne der Begriffsbestimmung) aus dem sich eine Reihe von Rechtswirkungen ergeben (s. §§ 22, 23 ff DGO). Diese Folgerung zieht das neue Recht deshalb, weil das neue Rechtsdenken die Gliedschaft überhaupt als Recht betrachtet. s. Laforet, aaO. S. 49, 52. (Dazu vgl. für das Bürgerrecht die §§ 29 Abs. 1 Ziff. 3 verb. mit § 30 DGO). s. Anm. 107.

Gemeindeangehörigen[23]) gegenüber der Gemeinde solche Rechtsansprüche zustehen, kann nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen nicht zweifelhaft sein. Auch die Ansprüche der Gemeinde gegen den einzelnen Gemeindeangehörigen aus konkreter Satzung heraus sind materielle Rechtsansprüche des öffentlichen Rechtes. Materieller Art sind die Ansprüche der Gemeinden auf Beteiligung an den Landesteilen bestimmter Steuerarten.

Ein materieller Rechtsanspruch des öffentlichen Rechtes eigener Art ist das Recht der Gemeinde auf Selbstverwaltung. Daß den Gemeinden Selbstverwaltung eigen ist, kann trotz der inhaltlichen Beschränkungen der gemeindlichen Selbstverwaltungsbefugnis und trotz der Bestimmung des Gesetzes, wonach die Gemeinde auch dahingehend zu beaufsichtigen ist, ob ihre Selbtsverwaltungstätigkeit im Einklang mit den Zielen der Staatsführung stehe (§ 106 S. 1, § 1 Abs. II S. 3 DGO)[25]), nicht zweifelhaft sein. Auf diese Selbstverwaltung hat die Gemeinde ein Recht im Sinne eines öffentlich-rechtlichen Rechtsanspruches; Rechtsbezogener ist der Staat. Das Selbstverwaltungsrecht ist kein originäres Recht der Gemeinde[26]), sondern der Gemeinde vom Staat verliehen. Gleichzeitig durch diese Verleihung aber hat sich der Staat insoweit, als er der Gemeinde eine Befugnis d. h. eine Rechtsmacht auf Eigenverwaltung gab, in seiner (Verwaltungs-)Macht Schranken auferlegt. Das Selbstverwaltungsrecht, das der Gemeinde die Rechtsmacht gibt, sich (§ 1 Abs. I DGO) und ihre Aufgaben (§ 2 Abs. II DGO) selbst unter eigner Verantwortung zu verwalten, hat inhaltlich einen doppelten Sinn: Es ist ein Recht des Verwalten-Dürfens[27]) und ein Recht auf entsprechendes staat-

---

23) s. Anm. 58.

25) ‚Ziel der Staatsführung' s. Amtliche Begründung; vgl. Surèn-Loschelder, Deutsche Gemeindeordnung 1935 S. 282; vgl. auch 1. AusfAnw. z. Pr. Gemeinde-Verfassungsgesetz v. 26. 2. 1934 MBliV S. 276.

26) vgl. Schattenfroh, Deutsche Gemeindeordnung 1935 S. 19; Jeserich, Jahrbuch für Kommunalwissenschaft 1934 (1. Jahrgang) S. 14; Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen 1926 S. 23; Laforet, Festschrift z. 50-jährigen Bestehen des Bay. VGH (1929) S. 147.

27) Von dem Selbstverwaltungsrecht im eigentlichen Sinn, sind die Befugnisse der Gemeinde zur Normsetzung und Rechtsprechung zu unterscheiden. Soweit vom Gesetz der Gemeinde solche Befugnisse eingeräumt sind (vergl. §§ 3, 18 DGO; § 30 I DGO, s. Anm. 140), hat die Gemeinde darauf ein Recht. Dieses Recht der Gemeinde nennen wir gemeindliches Selbstbetätigungsrecht. Dazu zählt auch die allgemeine Befugnis zur Übernahme und Erfüllung der ihr zugedachten Aufgaben, also die Frage, ob die Gemeinde gewisse Aufgaben übernehmen kann, während die Frage, wie die übernommene Aufgabe zu verwalten ist (— nach Weisung oder nur in Bindung an die Gesetze und Ziele der Staatsführung —), Gegenstand des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechtes ist. Diese Unterscheidung hat allgemein als unterscheidendes Kennzeichen von Selbstbetätigungsrecht (‚Ob') und Selbstverwaltungsrecht (‚Wie') in der Hand der Gemeinde zu gelten. Während sich die Beschränkung der gemeindlichen Selbstverwaltung

liches Unterlassen[28] [29]). Auch aus § 106 DGO folgt das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht. Nach § 106 DGO hat die Aufsichtsbehörde lediglich den Einklang der Gemeindeverwaltung mit den Gesetzen und den Zielen der Staatsführung zu überprüfen. Innerhalb der Gesetze und der Ziele der Staatsführung ist die Gemeinde auf dem Gebiete des Eigenwirkungskreises in ihrem Handeln frei und mit dem Recht auf selbständiges Handeln, unabhängig von Eingriffen der Aufsichtsbehörde ausgestattet[30] [31]).

---

allgemein insbesondere aus § 106 DOG i. V. m. § 8 Abs. II DGO (Rechts- und Pflichtenaufsicht und Überwachung der Selbstverwaltung auf ihren Einklang mit den Zielen der Staatsführung; s. § 1 Abs. II DGO) ergibt, ergeben sich die Beschränkungen des gemeindlichen Selbstbetätigungsrechtes aus den einschlägigen Einzelbestimmungen des Gesetzes.

Zu bemerken ist, daß sich aus dem Selbstbetätigungsrecht der Gemeinde manchmal für die Gemeinde eine Betätigungspflicht ergibt, (vgl. z. B. Pflicht zur Übernahme und Erfüllung einer Pflichtaufgabe s. Anm. 134; oder: Pflicht der Gemeinde zum Erlaß einer Hauptsatzung; § 3 Abs. III DGO, einer Haushaltssatzung; §§ 83 ff DGO; oder: Pflicht der Gemeinde zur Erteilung des Einspruchbescheides als eines Rechtsprechungsaktes in weiterem Sinn); notwendig ist das nicht (vgl. z. B. die Übernahme freiwilliger Aufgaben — ss. § 2 Abs. I DGO —; Erlaß einer Satzung nach § 18 DGO).

Zur Frage vgl. Peters aaO S. 26; Laforet, aaO. S. 145. 146; Laforet-von Jan-Schattenfroh, Bay. Gemeindeordnung 1931 Bd. 1 S. 697, 98; Bay. VGH Bd. 44 S. 96; Bay.VGH v. 21. 1. 1931 Nr. 163 I/30 = G 30/51.

28) Zur Frage des Inhaltes der öffl.-rechtl. Rechtsansprüche vgl. Anm. 36.

29) Ergänzend vgl. Schattenfroh aaO. S. 19: „Diese Selbstverwaltung bezieht sich auf die sog. eigenen Angelegenheiten (§ 2 Abs. I, II DGO), nicht auf die den Gemeinden zur Erledigung nach Anweisung übertragenen staatlichen Auftragsangelegenheiten (§ 2 Abs. III DGO) — vgl. Anm. 134 —. Wer nach Anweisung zu handeln hat, kann auch die Verantwortung dafür nicht tragen. Das ist ein Hauptkriterium der gemeindlichen Selbstverwaltung". Vgl. Laforet-von Jan-Schattenfroh, aaO. Bd. 1 S. 583.

30) s. einschlägig Schattenfroh, aaO. S. 411.

31) Vgl. v. Köhler aaO. 221, 222; Weidemann, Jahrbuch d. Akademie für deutsches Recht 1935 S. 103.

Der Beweis für das Vorliegen eines Selbstverwaltungsrechtes der Gemeinde kann richtig also nur nach materiellen Gesichtspunkten geführt werden. Sachlich übereinstimmend vgl. Wörner Otto, Kommentar zur Bay.GO v. 21. 9. 1927, 1931 S. 72; Laforet, aaO S. 139. Kein unbedingter Beweis für das Vorliegen echten Selbstverwaltungsrechtes vermag dagegen u. E. aus dem Umstand gezogen werden, ob die verantwortlichen Gemeindeorgane, heute der Bürgermeister, vom Staate ernannt werden oder nicht. Diese Beurteilung nach rein formellen Gesichtspunkten trifft die Sache nicht. Auch wenn der Staat den Bürgermeister ernennt, kann sehr wohl dann echtes Selbstverwaltungsrecht gegeben sein, wenn die Gemeinde nach Ernennung ihres Bürgermeisters durch diesen auf einem bestimmten Aufgabengebiet nach eigenem Ermessen und in eigener Verantwortung kraft eigenen Rechtes tätig werden kann. Diese Beurteilung erübrigt eine Prüfung der einschlägigen Vorschriften der DGO dahin, wessen Einfluß bei der Berufung des Bürgermeisters den Ausschlag gibt — der der Gemeinde, der Partei oder des Staates. Anders Goerdeler, Deutsche VerwBl. 1935 S. 75; Jeserich Jahrbuch f. Communalwissenschaft 1934 S. 15. Unerläßlich ist natürlich, daß der Bürgermeister in jedem Fall durch seine Ernennung ein Bürgermeister der Ge-

Die Staatsaufsicht als solche gegen das Vorliegen eines echten Selbstverwaltugsrechtes anführen zu wollen, wäre völlig verfehlt, da die Staatsaufsicht geradezu als Korrelat, als Ergänzungsbegriff des Selbstverwaltungsrechtes zu betrachten ist[32]).

Daß dieses Recht der Selbstverwaltung, das der Gemeinde eine durch staatliches Gesetz verliehene und durch staatliches Gesetz anerkannte und durch staatliches Gesetz geschützte[33]) Rechtsmacht gegenüber dem Staat gewährt, jederzeit durch neues staatliches Gesetz beseitigt werden kann, besagt ebenso wenig wie andere Erwägungen tatsächlicher Art etwas dagegen, daß die durch die DGO geschaffene Selbstverwaltung der deutschen Gemeinde ein echtes öffentlich-rechtliches Recht im Sinne eines Rechtsanspruches gegenüber dem Staat ist.

Sich gegen diese Folgerung mit der Ansicht wenden wollen, es lasse sich mit dem Hoheitscharakter und der Würde des Staates nicht vereinbaren, der Gemeinde ein Recht gegen den Staat selbst einzuräumen, ist begründeter Weise nicht möglich. Deshalb nicht, weil die hier vertretene Meinung eine ausschließliche Folgerung aus den klaren Gesetzesworten und dem ebenso klaren Gesetzessinn der DGO ist; rechtsdogmatisch aber deshalb nicht, weil es nach gesundem Urteil der Würde des Staates in gar nichts abträglich ist, der Gemeinde ein Recht auf Selbstverwaltung gegen sich selbst einzuräumen. Die Schaffung eines solchen Rechtes gegen sich selbst ist nicht ein Zeichen der Schwäche des Staates, sondern ein Zeichen seiner Stärke und seines Willens zu kluger Maßhaltung[34]). Durch die große Anzahl von Bestimmungen, die eine Begrenzung des Selbstverwaltugsrechtes enthalten ebenso sehr wie durch die ausdrücklich formulierten Verpflichtungen der Gemeinde, in ihrem Handeln den Einklang mit den Zielen der

---

meinde und nicht vielleicht ein Beamter des Staates werden muß. Er muß durch seine Ernennung der Gemeinde angehörig werden, darf nicht neben oder über ihr stehen. — Auch das ist nicht Hauptkennzeichen der gemeindlichen Selbstverwaltung und des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechtes, daß die Gemeinde eine vom Staate verschiedene Rechtspersönlichkeit bildet. (Vgl. Pathe, ReichVBl. 1935 S. 131). Richtig ist: Ohne diese Verschiedenheit der Person nach könnte der Gemeinde nicht Selbstverwaltung und Selbstverwaltungsrecht gegenüber dem Staat zukommen; sie wäre mit ihm personal-identisch. Aber diese Verschiedenheit ist noch nicht genügender Beweis für Selbstverwaltung und Selbstverwaltungsrecht. Echtes Selbstverwaltungsrecht wird immer nur da gegeben sein, wo der Gemeinde ein Recht eingeräumt ist auf bestimmten Lebensgebieten nach eigenem pflichtgemäßen Ermessen kraft eigener Rechtsmacht tätig zu werden. Vgl. Weidemann, Reich und Länder 1935 S. 215.

32) Jeserich aaO. S. 16: ‚Zur kommunalen Selbstverwaltung gehört seinsmäßig die Staatsaufsicht.' Herrnritt, aaO. S. 255, 256; Rieling, JW 1935 S. 912.

33) § 8 Abs. II, 113 DGO.

34) vgl. Reichs- und preuß. Minister des Innern Dr. Frick in seinem Vortrag vor der Akademie des Deutschen Rechtes am 23. 10. 1936, VB., südd. Ausgabe, vom 24. 10. 1936, 298 Ausg.

Staatsführung zu wahren, und durch die - - sachlich damit eng zusammenhängend - - weitgespannten Befugnisse der Aufsichtsbehörde wird es der Gemeinde unmöglich sein, das eingeräumte Selbstverwaltungsrecht als Mittel zur Arbeit gegen den Staat und seine Ziele zu verwenden[35]). Dadurch wird die Gemeinschaftsbezogenheit des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechtes gewahrt.

Inhaltlich gehen die materiellen Rechtsansprüche des öffentlichen Rechtes auf ein Tun oder Unterlassen des bezogenen Mitgliedes der Gemeinschaft[36]). Dabei ist aber zu beachten, daß der einzelne Rechtsanspruch sich nicht ausschließlich unter die Kategorie: Anspruch auf ein Tun des Bezogenen, oder unter die Kategorie: Anspruch auf ein Unterlassen des Bezogenen bringen läßt.

Vielmehr enthält jeder Anspruch auf ein Tun eine Mehrheit von angestaffelten Ansprüchen auf Unterlassen und umgekehrt: jeder Anspruch auf ein Unterlassen enthält eine Mehrheit von angestaffelten Unteransprüchen auf ein Tun. Ein Beispiel: Dem einzelnen Gemeinde-

---

35) Zur Beurteilung der gemeindlichen Selbstverwaltung vgl.: Dyroff, aaO. S. 261; Bühler, aaO. (1) S. 52 ff; v. Stengel, aaO. S. 115; Goez, Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg 1902 S. 281; Satorius, Jahrbuch d. öff. Rechtes Bd. 20 S. 192. Vgl. Bay. GO v. 1927 Art. 1, 60 IV (auch VGG Art. 10 Ziff. 2); Bad. Städte-O 1874/1910 § 5; Württemb. GO v. 28. 7. 1906 Art. 8.

S. auch Art. 127 WeimV. 1919, Preuß.V. Art. 70, bad.V. § 20 I S. 1, bay.V. § 22 I, braunschw.V. Art. 44, brem V. § 71, hamb.V. Art. 68 I S. 1, lipp.V. Art. 40 I S. 3, meckl.-schwer.V. § 64 I S. 1, meckl.-strel.V. § 40 I, olden.V. § 31 S. 1, sächs.V. Art. 49 (Untersuchungen und Meinungen zur Rechtsbedeutung dieser Vorschriften vgl. bei: Poetsch-Heffter, Handkommentar der Reichsverfassung 1919 3. Aufl. 1928 S. 431; Giese, Die Reichsverfassung 7. Aufl. 1926 S. 334; Arndt, Die Reichsverfassung des deutschen Reiches 3. Aufl. 1927 S. 334; Glum, ArchöffR Bd 17 n.F. S. 379 ff; Anschütz, Die Verfassung des deutschen Reiches 14. Aufl. 1932 S. 582 und die dort angegebene weitere Lit.)

Vgl. Herrnfahrdt, Werden und Gestalt des 3. Reiches 1933 S. 46 ff; Köttgen, Der Gemeindetag (1933) S. 550 ff; Möbius, DJZ 1934 Sp. 204 ff; Forsthoff, DJZ 1934 Sp. 308 ff; E. R. Huber, Die Gestalt des deutschen Sozialismus, 1934 S. 33 ff; Schneider G., ReichVBl. 1934 (Bd. 55) S. 34; v. Köhler, aaO. S. 134: (Für den heutigen Staat kann bei seiner ganzen Auffassung über das Wesen der Gemeinde kein Zweifel über die Verneinung — des Selbstverwaltungsrechtes — bestehen); Lohmann, ZgS Bd. 95 (1935) S. 491.

36) Gegenüber dieser Einteilung treten andere Gliederungsversuche an Bedeutung zurück; vielfach umschreiben sie sachlich nur das Gleiche. Dazu vgl. Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg (Entwurf) S. 104. Ansprüche auf ein Dulden können der Gruppe: Ansprüche auf Unterlassen eingegliedert werden. Ansprüche auf ein Anerkennen (z. B. des Bürgerrechtes) können der Gruppe: Ansprüche auf ein Tun zugezählt werden.

Vgl. auch v. Köhler aaO. 217, 219 ff. Für die echten Konzessionen d. h. jene Verleihungen von Rechtsmacht, durch welche dem Mitglied der Gemeinschaft eine ihm an sich nicht zustehende rechtliche Macht verliehen wird (s. Otto Mayer, aaO. Bd. 2 S. 243 f) gilt nichts besonderes. Auf ihre Verleihung besteht grundsätzlich kein Rechtsanspruch; nach ihrer Verleihung gehen sie inhaltlich auf ein Tun oder Unterlassen des Bezogenen.

angehörigen ist durch § 17 DGO ein Recht eingeräumt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen. Dieses Recht ist in sich ebenso sehr ein Anspruch auf ein Tun wie auf ein Unterlassen der Gemeinde: Die Gemeinde ist verpflichtet, jedem Gemeindeangehörigen gleichermaßen die Benutzung ihrer Einrichtungen zu ermöglichen und alles zu unterlassen, was den einzelnen Gemeindeangehörigen an der gleichmäßigen Benutzung der gemeindlichen Einrichtungen hindert.

Neben diese materiell-rechtlichen Rechtsansprüche hat die neue Gemeindegesetzgebung Rechtsansprüche des öffentlichen Rechtes formeller Art gesetzt oder daneben weiter bestehen lassen[38]). Im Gegensatz zu den materiell-rechtlichen Rechtsansprüchen, die dem Berechtigten eine Rechtsmacht in unmittelbar sachlicher Hinsicht verleihen, geben die formellen Rechtsansprüche dem Berechtigten eine Rechtsmacht gegenüber einer zur Entscheidung oder Stellungnahme berufenen Instanz auf eine förmliche Stellungnahme oder förmliche Entscheidung. Ob dieser Rechtsanspruch dem berechtigten Mitglied der Gemeinschaft ein Recht auf Beschreiten des verwaltungsgerichtlichen Rechtsweges verleiht oder ihm nur ein Recht auf eine förmliche Beschwerde (Rechtsbeschwerde) — nicht vor unabhängigen Verwaltungsrichtern — oder auf einen förmlichen Einspruchsbescheid gibt, ist ohne unterscheidende Bedeutung. In sämtlichen Fällen ist dem Berechtigten ein Recht auf Entscheidung bzw. Bescheid vom Gesetz eingeräumt. Wir verweisen beispielsweise auf die §§ 12 Abs. I S. 2, 30 Abs. I, 30 Abs. II, 31, 113 DGO[39]).

Auch der Rechtsanspruch des öffentlichen Rechtes kann in seiner Entstehung oder seinem Bestand von Bedingungen aufschiebender und auflösender Art abhängig gemacht sein. Die neue Gemeindegesetzgebung hat keine Veranlassung und keine Möglichkeit gehabt, an solchen Allgemeinheiten des positiven Rechtes überhaupt etwas zu ändern[40]).

---

38) Vgl. Schattenfroh, aaO. S. 411; zur Lehre der formellen Rechtsansprüche überhaupt: Dyroff, aaO. S. 263; Bühler, aaO. (1) S 161; v. Köhler, aaO. S. 220. Die formellen Rechtsansprüche werden vielfach als Rechtsschutzansprüche bezeichnet.

39) S. auch Art. 1 IV, 8 II, insb. Art. 13 III, 14 VII Bay. GAG.

Die formellen Rechtsansprüche sind demnach vorbetont Ansprüche auf ein Tun des Bezogenen, da sie die Verpflichtungen des Bezogenen zum Inhalt haben, eine Entscheidung zu geben. Das gilt ohne Unterschied, ob die verlangte Entscheidung inhaltlich auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses oder einer rechtlich bedeutsamen Eigenschaft (positiv oder negativ) gehen oder die Leistungspflicht (Unterlassungspflicht) eines Dritten aussprechen oder einen angefochtenen hoheitlichen Akt ändern soll, (vgl. §§ 29, 30, 113 DGO.) Daß ihnen Unteransprüche auf ein Unterlassen des Bezogenen angestaffelt sind, bedarf keines Beweises.

40) Es wird hier nur an das Rechtsbild der echten Bedingung d. h. des ungewissen künftigen Ereignisses (vgl. §§ 158 f BGB) (Willens-, Potestativ-, zufällige

Es ist ausschließlich in die Hand des Gesetzgebers gegeben, öffentlich-rechtliche Rechtsansprüche gegen die abgeleiteten Hoheitsträger und gegen den ursprünglichen Hoheitsträger, den Staat, d. h. also allgemein: im Verhältnis zur öffentlichen Gewalt, und unter gleichgeordneten Mitgliedern der Gemeinschaft und gegen Dritte zu schaffen. Ob der Gesetzgeber im Einzelfall die Absicht der Schaffung eines solchen Rechtsanspruches hatte oder nicht, ist durch Gesetzesauslegung zu ermitteln. Eine Allgemeinregel dafür, wann ein öffentlich-rechtlicher Rechtsanspruch gegeben ist, ist vom Gesetzgeber nicht aufgestellt und nicht wünschenswert[41]). Für das neue deutsche Gemeinderecht gilt nichts anderes.

Bei dem heute vorbetont hoheitsrechtlichen Charakter des öffentlichen Rechtes und dem vorbetont hoheitsrechtlichen Handeln innerhalb des Tätigkeitsbereiches der Verwaltung, ist es nicht statthaft, die Gesetzesmaterien bei der Prüfung des Vorliegens öffentlich-rechtlicher Rechtsansprüche erweiternd auszulegen. Diese erweiternde Auslegung der Gesetze konnte schon für die Vergangenheit mit ihrer Neigung, den Kreis der öffentlich-rechtlichen Rechtsansprüche zu Gunsten des

— kasuelle —, gemischte — condicio mixta — Bedingungen) gedacht. Auszuscheiden sind deshalb hier Statusverhältnisse, Qualifikationen, die zwar auch im einzelnen Fall Voraussetzung für die Entstehung eines öffentl.-rechtl. Rechtsanspruches sein können (vgl. Anm. 22), aber keine Bedingungen im Rechtssinn darstellen.

Die Herbeiführung eines negativen Einspruchsbescheides des Bürgermeisters (s. §§ 29, 30 DGO) ist dagegen für die Entstehung des Anspruches auf Beschreiten des verwger. Rechtsweges nicht als echte Bedingung, sondern als Prozeßvoraussetzung zu betrachten. Im Verwaltungsstreitverfahren wird das Vorliegen eines ablehnenden Einspruchsbescheides als zwingende Prozeßvoraussetzung geprüft und behandelt und bei ihrem Nichtvorliegen wird die Klage ohne weiteres Eintreten in die Prüfung der materiellen Seite als unzulässig verworfen.

S. Art. 13 II Bay. GAG (solange der Verzicht auf die Teilnahme an der gemeinschaftlichen Weide nicht ausgesprochen ist, hat die Gemeinde aus konkreter Satzung Anspruch auf Leistung nach Abs. I. Mit ausgesprochenem Verzicht erwirbt der, welcher den Verzicht leistet, einen Anspruch darauf, nicht zur Leistung nach Abs. I herangezogen zu werden — Anspruch auf Unterlassung. Ob der einzelne den Verzicht aussprechen will, ist ungewiß und grundsätzlich in seinen Willen gestellt — echte Potestativ-, nicht Rechtsbedingung).

Die Möglichkeit einer Betagung und Befristung (Entstehung bzw. Erlöschen mit dem Eintritt eines bestimmt feststehenden Zeitpunktes) des öff.-rechtl. Rechtsanspruches wurde nie und wird auch für das neue Gemeinderecht nicht bezweifelt.

41) Materieller Aufzählungsgrundsatz (Enumerationsprinzip); im Gegensatz zum formellen Aufzählungsgrundsatz, der die Zuständigkeit im verwger. Verfahren gibt; dieser umfaßt nach überkommener Ausdrucksweise nicht alle formellen Rechtsansprüche; während man unter diese auch den Anspruch auf förmliche Entscheidung bei förmlicher Rechtsbeschwerde (vgl. z. B. § 113 DGO) zählt, versteht man unter dem formellen Aufzählungsgrundsatz (Enumerationsprinzip) die Begründung der Zuständigkeit ausschließlich im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. (s. Dyroff, aaO. S. 266, 267) Vgl. Köttgen, D. Verwaltung 1935 S. 188; Schneider, Deutsches Recht 1935 S. 461; Schöne, ArchöffR n.F. Bd. 25 (1934) S. 271, 272; s. Anm. 97.

mehr oder minder gemeinschaftsgelösten, nach der Vorstellung der Zeit vom Staate in seiner Freiheitssphäre ständig bedrohten Individuums, nicht als angängig bezeichnet werden. Die dadurch vielfach geschaffenen Unklarheiten und Unzuträglichkeiten in Gesetzesauslegung, Verwaltungspraxis und Rechtsprechung -- ordentlicher wie verwaltungsgerichtlicher — sind bekannt[42]). Nach dem Geist des neuen Staates und seines Verwaltungsrechtes ist eine erweiternde Auslegung der verwaltungsgesetzlichen Tatbestände in dieser Richtung abzulehnen. Im Zweifelsfall besteht eine Vermutung dafür, daß k e i n Rechtsanspruch gegeben sein will. Von dieser Richtschnur her sind auch die gemeindegesetzlichen Tatbestände zu betrachten.

Das öffentliche Recht vorbetont heute mehr denn sonst seinen hoheitsrechtlichen Charakter. Das gilt insbesondere, wenn es sich um das Verhältnis eines Hoheitsträgers zu einem Hoheitsträger abgeleiteter Ordnung oder zu einem Nicht-Hoheitsträger, insbesondere zu Einzelpersonen handelt. Wo ein Hoheitsträger kraft ursprünglichen oder kraft abgeleiteten Hoheitsrechtes aus einem Hoheitsverhältnis heraus tätig wird oder tätig werden darf, wird er nicht tätig, weil er einen öffentlich-rechtlichen Rechtsanspruch auf solches Tätigwerden hätte. Das gilt insbesondere hinsichtlich sämtlicher Funktionen der Gesetzgebung (der Satzungsetzung) und der Rechtsprechung. Es gilt ebenso sehr hinsichtlich der allgemeinen Befugnis des Hoheitsträgers zur verwaltenden Tätigkeit, um auf diese Weise im Rahmen der Gesetze schöpferisch tätig an der Verwirklichung der Ziele der Staatsführung mitzuarbeiten. Der Hoheitsträger wird weder als Gesetzgeber noch als Richter noch in seiner Eigenschaft als Träger der Verwaltungshoheit kraft öffentlich-rechtlichen Rechtsanspruches tätig. Vielmehr wird er in sämtlichen drei Funktionen kraft seines einheitlichen und an sich ungeteilten Hoheitsrechtes tätig, das ihm entweder aus eigenem Recht ursprünglich zusteht oder aus einer umfassenderen Hoheitsmacht übertragen wurde.

So wird z. B. der Staat durch seine Aufsichtsbehörde bei Ausübung der Aufsicht im eigentlichen Sinn und bei sonstiger Mitwirkung bei gemeindlichen Akten[43]) nicht kraft eines ihm gegen die Gemeinde zustehenden öffentlich-rechtlichen Rechtsanspruches, sondern auf Grund seiner ihm zustehenden umfassenden Hoheitsgewalt tätig, die ihm als dem der Gemeinde vorgeordneten Gemeinschaftsphänomen aus dieser Vor- und Überordnung heraus zukommt. Nicht anders verhält es sich mit sämtlichen der Gemeinde als abgeleitetem Hoheitsträger zukommenden hoheitlichen Befugnissen gegenüber den Gemeindeangehörigen. Während diese Befugnisse im Verhältnis der Gemeinde zum

---

42) Vgl. Hofacker, Die Konstruktion von subj. Rechten und Entschädigungsansprüchen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung in DJZ 1934 Sp. 889 ff.

43) Vgl. Anm. 69.

Staat Inhalt des gemeindlichen Selbstbetätigungsrechtes oder Selbstverwaltungsrechtes sind, stellen sie sich im Verhältnis der Gemeinde zum Gemeindeangehörigen als die der Gemeinde eingeräumte einheitliche und an sich ungeteilte Hoheitsmacht dar, die der Gemeinde als an sich einheitliche Eigenschaft und nicht als Mehrzahl von öffentlich-rechtlichen Rechtsansprüchen aus ihrer Vor- und Überordnung über den einzelnen Gemeindeangehörigen zukommt[44]). Es war eine Verirrung des vergangenen Rechtsdenkens, wenn es manchmal die Hoheitsbefugnisse der Hoheitsträger als öffentlich-rechtliche Rechtsansprüche — oder in alter Ausdrucksweise: als subjektiv-öffentliche Rechte — der Hoheitsträger bezeichnete. Das neue Rechtsdenken wird in den Bahnen der neuen Gemeindegesetzgebung diesen Fehler vermeiden.

Die überkommene Rechtslehre unterschied vom öffentlich-rechtlichen Rechtsanspruch, der die umfassendste Rechtsmacht gegenüber dem Bezogenen verleiht, jene objektiven Rechtsregeln, die einen Einzelnen oder die Gemeinschaft verpflichten, ohne einem anderen gegen den Verpflichteten einen Rechtsanspruch auf ein Tun oder Unterlassen des Verpflichteten zu geben. Es handelt sich hier um Rechts v o r t e i l s auswirkung des objektiven Rechtes[46]) [47]).

Dieses Rechtsbild des sog. R e f l e x r e c h t e s ist eine Eigentümlichkeit des öffentlichen Rechtes. Dem bürgerlichen Recht ist diese Rechtsfigur deshalb nicht bekannt, weil dort grundsätzlich aus jedem objektiven Rechtssatz für die Begünstigten ein subjektives Recht entsteht. Auch von dem Reflexrecht ist das neue deutsche Gemeinderecht nicht abgerückt. § 2 der Gemeindeordnung verpflichtet die Gemeinde, das Wohl ihrer Einwohner zu fördern und auf ihrem Gebiet alle öffentlichen Aufgaben unter eigener Verantwortung mit den vom Gesetz vorgesehenen Ausnahmen zu verwalten. Dieser Rechtssatz legt der Gemeinde eine Pflicht auf: Verpflichtung zur Wohlfahrtsförderung der Einwohner und zur Aufgabenerfüllung. Tut die Gemeinde das nicht,

---

44) Von der Frage, w i e die Hoheitsbefugnisse dem Hoheitsträger zukommen (ob als an sich ungeteilte Hoheitsmacht oder als Rechtsansprüche) ist die Frage streng zu scheiden, ob und wie die Hoheitsträger von der ihnen zukommenden Hoheitsmacht im E i n z e l f a l l Gebrauch machen müssen, ob und, wenn ja, in welchem Umfang sie sich bei A u s ü b u n g ihrer Hoheitsbefugnisse an die Beachtung gewisser Schranken gebunden haben. Diese Fragen beantworten sich für die einzelnen hoheitlichen Befugnisse (zu Rechtssetzung, Rechtsprechung und Verwaltung) im allgemeinen wie im einzelnen verschieden (vgl. z. B. Anm. 27, 69).

45) Daß dieser Anspruch nicht schrankenlos sein könne, war auch in der Vergangenheit nicht immer verkannt worden; s. Bühler, aaO. (1) S. 13.

46) Vgl. Fleiner, aaO. S. 172 ff; Bühler, aaO. (1) S. 227/228; Lutz Richter, ArchöffR. n.F. Bd. 8 (1925) S. 76; Hofacker, DJZ 1935 S. 727; Günther-Holstein, ArchöffR n.F. Bd. 18 (1930) S. 183

47) Vgl.: Tatarin-Tarnheyden, ArchöffR n.F. Bd. 24 (1935) S. 355; Maunz, Neue Grundlagen des Verwaltungsrechtes 1934 S. 35; Schmidt G., ReichVBl. 1935 S. 406: ‚Die überholte Konstruktion des „Reflexrechtes" scheidet nunmehr selbstverständlich völlig aus'.

so verletzt sie ihre Verpflichtungen, ihre Pflichten. Unter Umständen kann die Aufsicht eingreifen und die Gemeinde zur Pflichtenerfüllung anhalten. Dem einzelnen Gemeindeangehörigen aber ist kein Rechtsanspruch auf diese Pflichtenerfüllung der Gemeinde gegen die Gemeinde eingeräumt[48]). — Die Auslegung muß im Einzelfall entscheiden, ob der Gesetzgeber einen echten öffentlich-rechtlichen Rechtsanspruch schaffen oder sich mit der Rechtsvorteilsauswirkung des objektiven Rechtes begnügen wollte.

Soweit der Rechtsanspruch des öffentlichen Rechtes dem Einzelnen im Verhältnis zur öffentlichen Gewalt eingeräumt ist, verpflichtet er die öffentliche Gewalt gegenüber dem Einzelnen zu einem Tun oder Unterlassen. Damit schränkt der Rechtsanspruch die öffentliche Gewalt in der freien Handlungsmöglichkeit ein. Das Gleiche gilt im gewissen Umfang von der als Reflexrecht bezeichneten Vorteilsauswirkung des objektiven Rechtes, durch welche die öffentliche Gewalt zu einem Handeln verpflichtet wird, wenn auch den Vorteilsbedachten gegen die öffentliche Gewalt keine unmittelbare Rechtsmacht auf ein Tun oder Unterlassen eingeräumt ist. Demgegenüber verlangt das Wohl der Gemeinschaft, das Gemeinwohl, daß die öffentliche Gewalt die durch ihre Behörde dem Einzelnen handelnd gegenübertritt, ihre öffentlichen Aufgaben grundsätzlich frei handelnd erfüllen kann d. h. daß die öffentliche Gewalt bei ihrem Tätigwerden sich zwar innerhalb der Gesetze zu halten hat, im übrigen aber in ihrem Ermessen nur durch ihre allgemeine Amtspflicht zur Erfüllung der öffentlichen Aufgaben bestimmt wird[49]).

Es liegt in der vom Gemeinschaftsdenken her bestimmten Rechtsgestaltung, diesen Kreis des Ermessenshandelns der öffentlichen Gewalt

48) Die §§ 10 S. 2, 11 II S.4 15 I S.1 DGO verpflichten den Reichsstatthalter in den dort vorgesehenen Fällen die Gemeinde anzuhören. Die Rechtswirksamkeit der einschlägigen Rechtsakte wird durch den Mangel der Anhörung der Gemeinde nicht berührt (vgl. Schattenfroh, aaO. S. 51). Dennoch dürfte es sich bei diesem Recht auf Gehör um einen echten öff.-rechtl. Rechtsanspruch der Gemeinde handeln. Gegen eine andere Auslegung spricht Wortlaut und Sinn des Gesetzes; da es sich um so bedeutsame Tatsachen wie um die Änderung der Gemeindegrenzen und des Gemeindegebietes (§§ 15 ff DGO) handelt, wird die Folgerung, daß es sich bei diesem Recht auf Gehör um einen echten öff.-rechtl. Rechtsanspruch der Gemeinde handle, nicht von der Hand gewiesen werden dürfen, zumal „die Bestandsgarantie der Gemeinde in dem Sinn, daß entweder die Zustimmung der Gemeinde zur Änderung vorliegen muß oder daß gegen ihren Willen nur in einem mit besonderen Rechtsgarantien umgebenen Verfahren eine Änderung vorgenommen werden darf", weggefallen ist. (s. Schattenfroh, aaO. S. 61) — Dieser Anspruch auf rechtliches Gehör ist übrigens zu scheiden von dem Anspruch auf rechtliches Gehör in einem prozessualen Verfahren. Der letztere ist formeller Natur, während es sich bei dem hier betrachteten Anspruch der Gemeinde auf Gehör um einen materiellen öff.-rechtl. Rechtsanspruch handelt.

49) Gegensatz zu den gebundenen Verwaltungsakten, im Fall des Rechtsanspruches und des Reflexrechtes; s. v. Schelcher, ArchöffR n.F. Bd. 18 (1930) S. 338.

möglichst weit zu spannen. Da die Vorstellung, daß der Einzelne durch die öffentliche Gewalt in seiner Freiheitssphäre ständig bedroht wird, durch die Vorstellung von der gliedhaften Stellung des Einzelnen innerhalb der Gemeinschaft ersetzt worden ist, drängt die Gesamtentwicklung des öffentlich-rechtlichen Rechtsdenkens zu einer möglichst umfassenden Gestaltung dieses Tätigkeitsraumes der öffentlichen Gewalt, wo sie innerhalb der Gesetze nach ihrem freien, nur durch ihre allgemeine Amtspflicht gebundenen Ermessen tätig wird. Der Einzelne hat hier keinerlei Rechtsmacht gegenüber der öffentlichen Gewalt; die öffentliche Gewalt wird dem Einzelnen gegenüber aus keinem Gesichtspunkt zu positiver oder negativer Tätigkeit verpflichtet. Das gilt auch für das neue Gemeinderecht.

In seinem Umfang wird dieser Kreis des freien Ermessenshandelns der öffentlichen Gewalt erst dort beschränkt, wo dem Einzelnen ein öffentlich-rechtlicher Rechtsanspruch gewährt oder die durch das objektive Recht zugunsten des Einzelnen geschaffene Vorteilsauswirkung die öffentliche Gewalt in bestimmter Richtung verpflichtet[50]).

Die folgende Übersicht gemeindegesetzlicher Tatbestände erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie hat vielmehr ausschließlich den Zweck, beispielhafte Belege und Ergänzungen für die vorstehend aus dem neuen Gemeinderecht und für das neue Verwaltungsrecht überhaupt gemachten Feststellungen über den Rechtsanspruch des öffentlichen Rechtes und seine Begrenzung zu geben. Es will nur eine Zusammenfassung des Typisch-Bedeutsamen gegeben werden.

I. Das Gesetz räumt öffentlich-rechtliche Rechtsansprüche ein

A. der Gemeinde im Verhältnis zum Staat:

1. das Selbstverwaltungsrecht (materieller Rechtsanspruch)[51]),
2. den Rechtsanspruch der förmlichen Rechtsbeschwerde gegen ungesetzliche Eingriffe der Aufsichtsbehörde in die gemeindliche Selbstverwaltung[52]);

B. der Gemeinde im Verhältnis zur Landesregierung[53]):

50) Dabei kann sowohl die Entstehung eines Rechtsanspruches als auch eines sog. Reflexrechtes von der Erfüllung von Voraussetzungen abhängig sein, deren Vorliegen von der Verwaltungsbehörde nach freiem Verwaltungsermessen geschaffen oder festgestellt werden.

51) (s. § 1 II S. 2, § 2 II DGO). Dazu tritt das gemeindliche Selbstbetätigungsrecht mit seinen einzelnen materiellen Auswirkungen (s. Anm. 27) und seinem förmlichen Rechtsschutz (s. Anm. 117).

52) (s. § 113 DGO) (Vgl. Anm. 27, 117).

53) Durch Art. 2 d. Ges. über den Neuaufbau des Reiches (Neuaufbaugesetz) v. 30. 1. 1934 (RGBl. I S. 75) haben die Länder ihre letzten Hoheitsrechte verloren. Die Hoheitsrechte gingen auf das Recht über. Damit wurden die Länder endgültig ihres Charakters als Staaten entkleidet. (Nach richtiger Ansicht haben sie diesen Charakter bereits mit dem zweiten Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich — sog. „altes" Reichsstatthaltergesetz v. 7. 4. 1933 (RGBl. I S. 173) — verloren). Durch § 1 d. 1. VO. über den Neuaufbau des Reiches vom 2. 2. 1934 (RGBl. I S. 81) wurden die Hoheitsrechte, die von den

1. das Recht der Gemeinde auf Beteiligung an den Landesteilen der Einkommensteuer und der Körperschaftssteuer[54]),
2. das Recht auf Erhebung örtlicher Abgaben[55]) und auf Erhebung von Zuschlägen zur Grunderwerbsteuer[56]),
3. das Recht auf förmliche Beschwerde gegen die aufsichtliche Versagung der Genehmigung zur Erhebung örtlicher Abgaben[57]);

C. der Gemeinde im Verhältnis zum Gemeindeangehörigen[58]): aus konkreter Satzung gegen einen bestimmten Gemeindeangehörigen aus einem bestimmten Lebensverhältnis[59]);

D. dem Gemeindeangehörigen im Verhältnis zur Gemeinde:
1. das Recht des Gemeindeangehörigen auf Benutzung der öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde[60]),

---

Ländern auf das Reich übergegangen waren, den Landesregierungen zur Ausübung im Auftrage und im Namen des Reiches insoweit übertragen, als das Reich nicht allgemein oder im einzelnen von diesen Rechten Gebrauch macht. Die Hoheitsbefugnisse sind nicht auf das Land, den ehemaligen Gliedstaat des deutschen Reiches rückübertragen worden, sondern nur auf die Landesregierung zur Ausübung. Das Land hat durch diese Rückübertragung nicht etwa die Stellung eines (abgeleiteten) Hoheitsträgers und in dieser Eigenschaft eine Gleich- oder Vorrangstellung im Verhältnis zur Gemeinde erlangt. Die Länder sind heute Fisci, sonst nichts. Wo in einem früheren Gesetz dem Land Hoheitshandeln zukommt, ist heute Landesregierung zu lesen.

54) s. § 35 des Finanzausgleichgesetzes i. d. F. d. Bek. v. 27. April 1926 (RGBl. I S. 203), d. Ges. v. 9. 4. 1927 (RGBl. I S 91) und der VO v. 1. 12. 1930 (RGBl. I S. 517). Art. 1 d. Bay. AusfG z. FAG v. 4. 2. 1937 — GVBl. S. 21 — bestimmt deshalb, daß die Gemeinden nach dem Verhältnis ihrer Gesamtrechnungsanteile in vom Gesetz näher bestimmter Weise an den Landesteilen der genannten Steuern teilhaben. Eine ähnliche Bestimmung ist hinsichtlich der Beteiligung der Gemeinden an den Landesteilen der Umsatzsteuer (§ 40 d. Finanzausgleichsgesetzes, Art. 2 I S. 1 Bay. AusfG z. FAG) getroffen. Grundsätzlich nichts anderes gilt für die Grunderwerbssteuer (§ 36 d. Finanzausgleich-Ges., Art. 3 Bay. AusfG z. FAG). Vgl. Hertle, Das Bayerische Gemeindeabgabengesetz v. 8. 4. 1955, S. 31. Die Ansprüche stehen der Gemeinde nur gegen die Landesregierung, nicht gegen das Reich unmittelbar zu; s. § 33 S. 2 Finanzausgleich-Ges.

55) vgl. Art. 1 I S. I, III, Art. 2 ff Bay. GAG; dazu Ziff. 1, 2 d. Bek. z. GAG v. 4. 2. 1937 (GVBl. S. 24) (Vgl. Hertle, aaO. S. 156).

56) s. Art. 5 Bay. GAG. Eine Genehmigung der Regierung ist hier nicht erforderlich.

57) s. Art. 1 IV Bay: GAG Rechtsanspruch auf Beschwerde.

58) Das Gesetz unterscheidet zwischen Gemeindebürgern (gesetzliche Begriffsbestimmung in § 19 I, 5 I S. 2. DGO i. V. m. § 7 d. 1. DVOzDGO) und Gemeindeeinwohnern, die nicht Gemeindebürger sind (gesetzliche Begriffsbestimmung in § 5 I S. 1 DGO i. V. m. § 5 d. 1. DVOzDGO). Der im Text gewählte Ausdruck: Gemeindeangehöriger soll ein Oberbegriff für beide Begriffe sein und insbesondere auch den Grundbesitzer und Gewerbetreibenden, der nicht in der Gemeinde wohnt, umfassen (vgl. § 17 II DGO). Für juristische Personen und Personenvereinigungen s. § 17 III DGO.

59) s. Anm. 20.

60) § 17 DGO.

Der Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen der Gemeinde muß auf Grund

2. das Recht der Nutzung am Gemeindegliedervermögen[61]),
3. das Recht auf Aufwandsentschädigung bezw. Auslagenersatz und Ersatz des entgangenen Arbeitsgewinnes[62]),
4. das Recht der Freiheit von gewissen Gemeindeabgaben beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen[63]),
5. das Recht auf Einspruchsbescheid und das Recht der Klage im Verwaltungsstreitverfahren gegen die ablehnende Entscheidung über einen Einspruch[64]),
6. das Recht der förmlichen Beschwerde zur nächsthöheren Aufsichtsbehörde gegen die Zurücknahme der Bestellung zu ehrenamtlicher Tätigkeit[65]),
7. das Recht auf förmliches Rechtsschutzverfahren im Gemeindeabgabenrecht[66]) [67]).

II. § 2 Abs. I, II DGO bietet mit den dort ausgesprochenen Verpflichtungen der Gemeinde, denen auf Seite der Gemeindeange-

---

des § 17 DGO — öffentliche Gemeindewege gehören zu den öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde — als echter öffentlich-rechtlicher Rechtsanspruch wenigstens für die Gemeindeangehörigen bezeichnet werden. Bei der Rechtsprechung des Bay. VGH zur Rechtsnatur des Gemeingebrauches an öffentlichen Wegen würde sich demnach ergeben: Gemeindeangehörige haben an den öffentl. Gemeindewegen ein öff.-rechtliches Recht im Sinne eines echten öff.-rechtl. Rechtsanspruches; für Nichtgemeindeangehörige stellt der Gemeingebrauch an öffentlichen Gemeindewegen lediglich ein Reflexrecht dar. S. auch Schattenfroh aaO. S. 74.

61) s. § 65 DGO, f. Bayern §§ 3 ff, 17 Bay. Angl. VOzDGO v. 1. 4. 1935 (GVBl. S. 180); früher Art. 33 ff, 158 (lex Erlangen) Bay. GO v. 1927.

62) s. § 27 DGO.

63) vgl. Art. 13 II Bayer. GAG erklärt den Viehbesitzer von der Verpflichtung, sich an der Aufbringung des Aufwandes für die von der Gemeinde bestellten Hirten zu beteiligen, frei, der auf die Teilnahme an der gemeinschaftlichen Weide verzichtet hat. In ähnlicher Weise befreit Art. 14 III Bayer. GAG gewisse Personen beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen von der Verpflichtung zur Ableistung von Hand- und Spanndiensten.

64) s. §§ 30, 29 DGO.

65) § 31 DGO.

66) Für Bayern s.: Art. 15 II S. 1 GAG v. 8. 4. 1935 (in Geltung bis 31. 3. 1938 — § 4 Bay. AÜVzRstG v. 4. 2. 1937), mit seiner ausdrücklichen Bezugnahme auf die einschlägigen Vorschriften des Bay. VGG (insbes. Art. 8 Ziff. 51 i. d. F. des § 79 der Angl. VO v. 1. 4. 1935, GVBl. S. 180/195 i. d. v. 1. 4. 1937 geltenden Neufassung durch § 9 Abs. 1 Bay. AÜVzRstG v. 4. 2. 1937; mit gewissen Ausnahmen): (für die Pflaster-, Wege- und Brückenzölle vgl. Art. 8 Ziff. 19 Bayr. VGG); Art. 8 II Bayr. GAG i. V. m. Art. 8 Ziff. 32 Bayr. VGG i. d. F. der genannten Angl. VO. Vgl. auch Art. 13 III, 14 VII Bayr. GAG (Eine allgemeine Befugnis der förmlichen Beschwerde gegenüber Entschließungen der Gemeinde räumt die DGO dem einzelnen Beteiligten nicht ein, s. Schattenfroh aaO. S. 380).

67) Auch unter Gemeinden selbst können öff.-rechtliche Rechtsansprüche zur Entstehung kommen. Dabei bietet der Fall keine Besonderheit, daß eine Gemeinde in einer anderen Gemeinde die gleiche Rechtsstellung erlangt wie eine natürliche Person (vgl. § 17 III DGO). Insofern richten sich ihre Ansprüche in der fremden Gemeinde „gegen die öffentliche Gewalt“ im Sinne der dem öff.-

hörigen keine Rechtsmacht im Sinne eines öffentlich-rechtlichen Rechtsanspruches gegenübersteht, ein Beispiel — im Rahmen des neuen Gemeinderechtes das hervorragendste — für das Rechtsbild des sog. Reflexrechtes[68]).

III. In lediglich durch die allgemeine Amtspflicht gebundenem Ermessen handelt:

A. die Aufsichtsbehörde bei der Entscheidung darüber, ob sie
1. gegenüber der Gemeinde nach §§ 106 ff DGO aufsichtlich einschreiten will;
2. die Genehmigung zu einem Gesetzgebungsakt oder Verwaltungsakt erteilen will[69]);

---

rechtl. Rechtsanspruch gegebenen Begriffsbestimmung. Aber Gemeinden können auch untereinander z. B. als Mitglieder des gleichen Zweckverbandes anspruchsberechtigt bezw. anspruchsverpflichtet werden. Vgl. oben Seite 6, 7. Insofern richtet sich der Anspruch der berechtigten Gemeinde gegen einen „Dritten" im Sinne der Begriffsbestimmung.

68) Ein weiteres Beispiel gibt das Fürsorgerecht. Die Gemeinde muß den Hilfsbedürftigen (im Umfang der §§ 7 ff RFV und der Reichsgrundsätze) unterstützen. Art. 24 des Bayr. Fürs.Ges. (i. d. F. des § 80 d. Bay. Angl.VOzDGO v. 1. 4. 1935 — GVBl. S. 201 —) räumt ihm sogar gegen „die Ablehnung der Fürsorge sowie gegen die Festsetzung ihrer Art und Höhe" ein förmliches Recht der Anrufung der Aufsichtsbehörde der Gemeinde als Fürsorgeverband ein. Trotzdem handelt es sich bei der dem Hilfsbedürftigen eingeräumten materiellen Rechtsstellung lediglich um Vorteilsauswirkung des objektiven Rechtes zugunsten des einzelnen Hilfsbedürftigen.

69) Unter Aufsicht (im eigentlichen Sinn) ist die Tätigkeit der hierfür zuständigen Behörden (= Aufsichtsbehörden) zu verstehen, durch welche die Gemeinde dahingehend beaufsichtigt wird, ob sie im Gebiete ihres Eigenwirkungskreises bei Ausübung ihres Selbstverwaltungsrechtes und Selbstbetätigungsrechtes (vgl. Anm. 27) die Gesetze, ihre Pflichten und die Ziele der Staatsführung nicht verletzt d. h. gesetz-, pflicht- und staatszielgemäß handelt.

Über diese Aufsicht (im eigentlichen Sinn) hinaus hat der Staat die Tätigkeit der Gemeinde in Gesetzgebung und Verwaltung und in Personalauswahl in einer Reihe von Fällen von der Mitwirkung der Aufsichtsbehörde in der Form von Genehmigungen, Zustimmungen, Bestätigungen, Zulassungen abhängig gemacht. Man spricht insoweit auch von der staatlichen Schutzgewalt. (Aufsicht im eigentlichen Sinn liegt nicht vor; anders: Schattenfroh, aaO. S. 376). Diese Tätigkeit der Aufsichtsbehörde wird im folgenden Mitwirkungsrecht der Aufsichtsbehörde genannt. Die einzelnen Fälle des staatlichen Mitwirkungsrechtes vgl. bei Schattenfroh, aaO. S. 44 Anm. 2, S. 362, 363.

Weder die Gemeinde noch ein Dritter hat einen Rechtsanspruch gegen die Aufsichtsbehörde auf aufsichtliches Eingreifen (im eigentlichen Sinn; gem. §§ 106 ff DGO) oder auf Ausübung des der Aufsichtsbehörde zustehenden Mitwirkungsrechtes. In beiden Fällen (dem des aufsichtlichen Eingreifens und dem der staatlichen Mitwirkung) handelt die Aufsichtsbehörde in der Entscheidung darüber, o b sie eingreifen will, in völlig freiem, lediglich durch ihre allgemeine Amtspflicht gebundenem Ermessen.

Hinsichtlich der Art und Weise, des „Wie" seiner Tätigkeit hat sich der Staat dagegen bei der eigentlichen Aufsicht d. h. der Aufsicht über das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht und Selbstbetätigungsrecht gewisse Schranken auferlegt (vgl. Anm. 27), zu deren Einhaltung die Aufsichtsbehörden bei ihrer aufsichtlichen Tätigkeit verpflichtet sind und auf deren Einhaltung die

B. die Landesregierung, wenn sie

1. Gemeinden, für die sich nach den gesetzlichen Bestimmungen keine Beteiligungsquote an ihrem Gesamtrechnungsanteil ergibt, bei dringender finanzieller Notlage zu Lasten des Gesamtanteiles der Gemeinden am Landesteil der Einkommens- und Körperschaftssteuer, eine Maßzahl von höchstens 25 vom Hundert des Gesamtrechnungsanteiles zuteilt[70]),
2. der Gemeinde die Genehmigung zur Erhebung gewisser Abgaben erteilt oder die Weitererhebung duldet[71]);

C. die Gemeinde bei

1. dem Erlaß von Satzungen und ortspolizeilichen Vorschriften[72]),

---

Gemeinde gegenüber dem durch seine Behörde (die Aufsichtsbehörde) handelnden Staat einen öff.-rechtl. Rechtsanspruch hat; im Gegensatz dazu hat der Staat seiner Behörde (der Aufsichtsbehörde der Gemeinde) bei Ausübung der staatlichen Schutzgewalt, des staatlichen Mitwirkungsrechtes bei gewissen (s. o.) Normsetzungs-, Verwaltungs- und Personalauswahlakten der Gemeinde hinsichtlich der Art und Weise (also nicht nur hinsichtlich des „O b", sondern auch hinsichtlich des „W i e" der Tätigkeit) grundsätzlich keinerlei Schranken auferlegt; die Aufsichtsbehörde ist demnach hier auch in der Art und Weise (nicht nur des „Ob") der Ausübung ihres Ermessens lediglich durch ihre allgemeine Amtspflicht gebunden. S. Schattenfroh, aaO. S. 366, 376. Zu den Auswirkungen dieses Unterschiedes zwischen Aufsicht und staatlicher Mitwirkung vgl. Anm. 117. S. zur Frage auch: Laforet, aaO. S. 149 ff.

70) Vgl. Art. 1 III Bayr. GAG. Die Zuteilung erfolgt in jederzeit widerruflicher Weise.

71) Vgl. z. B. Art. 4 I (Kurabgabe, Art. 6 I (Wege-, Pflaster- und Brückenzölle, Art. 7 I S. 3 (s. Ziff. 4 d. Bek. z. GAG v. 4. 1. 1937 — GVBl. S. 24) Bay. GAG. Es besteht keinerlei Verpflichtung der Landesregierung zur Mitwirkung und damit auch kein Recht darauf, daß durch diese Mitwirkung die Möglichkeit zur Erhebung dieser Abgaben und Verbrauchssteuern eröffnet wird. Es liegt auch kein sog. Reflexrecht vor. S. Der Bay. Bürgermeister 1935 S. 179 (zu den sachlich gleichlautenden Bestimmungen in Art. 34 I i. V. m. Ziff. 15 d. Bek. über VollzVor. z. GAG v. 18. 4. 1935, GVBl. S. 411 —, Art 36 I — Ziff. 17 der gen. Bek. —, Art. 37 I S. 2 — Ziff. 18 der gen. Bek. — des Bay. GAG v. 8. 4. 1935 — GVBl. S. 349; s. Anm. 11).

72) Vgl. §§ 3, 18 DGO; für die allgemeine Befugnis der Gemeinde, gewisse Umlagen (zur Grundsteuer, Haussteuer, Gewerbesteuer und Steuer vom Gewerbebetrieb im Umherziehen: Art. 4 Bay. GAG v. 8. 4. 1935 verb. m. Ziff. 2 der Bek. über VollzugsVor. z. GAG v. 18. 4. 1935 — GVBl. S. 411 verb. m. § 4 AÜVzRstG v. 4. 2. 1937 und § 1 EinfGRealStG v. 1. 12. 1936 — RGBl. I S. 961), Abgaben, Gebühren und Beiträge zu erheben und ihre Erhebung durch Satzung zu regeln s. f. Bayern Art. 1 ff, 8, 9 I, 18 Bay. GAG v. 4. 2. 1937. Vgl. auch Art. 10, 11, 12, 13, 14 Bay. GAG. S. auch § 18 d. Bay. AnglVOzDGO v. 1. 4. 1935 (GVBl. S. 180). Dazu vgl. Art. 18 I, III, 8 Bay. GAG: Neben den ortspolizeilichen Vorschriften (bezw. bezirkspolizeilichen Vorschriften) zur Sicherung der Benutzungsgebühren sind in § 18 aaO. noch orts-, bezw. bezirkspolizeiliche Vorschriften zur Sicherung der Durchführung der Satzungen über die Benutzung des Eigentums der Gemeinde, ihrer Anstalten, Unternehmungen und Einrichtungen vorgesehen; der Strafrahmen für diese polizeilichen Vorschriften

2. Bestellung zu ehrenamtlicher Tätigkeit und Belassung im Amt[73]),
3. Verleihung des Bürgerrechtes[74]), des Ehrenbürgerrechtes[75]) und von Ehrenbezeichnungen[76]),
4. Niederschlagung von Gebühren, Abgaben und Umlagen[77]).

---

ist auf Geldstrafe bis zu RM. 150.— beschränkt (s. Hertle, aaO. S. 211). Der einzelne Gemeindeangehörige hat keinen Rechtsanspruch darauf, daß die Gemeinde von dieser Befugnis zur Setzung von Satzungsrecht oder zum Erlaß von ortspolizeilichen Vorschriften Gebrauch mache. Ebenso wenig hat er ein Recht auf die Bestimmung des Inhaltes von Satzung oder ortspolizeilicher Vorschrift. Ebensowenig kann der einzelne Gemeindeangehörige aus einer ihm verliehenen Rechtsmacht (im Sinn eines öff.-rechtl. Rechtsanspruches) etwas dagegen unternehmen, daß die Gemeinde eine Satzung zu seinen Ungunsten ändert; das hat selbst dann zu gelten, wenn die Gemeindesatzung sich Gültigkeit für einen bestimmten Zeitraum beigelegt hätte, der Gemeindeangehörige im Vertrauen auf den zeitlichen Rechtsbestand der Satzung irgendwelche Maßnahmen wirtschaftlicher oder sonst wie bedeutsamer Art vorgenommen hätte und die Satzung nun vor Ablauf dieser Zeit geändert würde. Vgl. RGZ Bd. 139 S. 177.

73) S. § 22 DGO. (Für ehrenamtliche Bürgermeister, ehrenamtliche Beigeordnete und für Gemeinderäte gelten die bes. Bestimmungen der §§ 26 ff, 41 IV, 44 III, 45, 48 ff DGO). Kein Recht auf das Amt! Dagegen steht dem Bürger das Recht zu, eine ehrenamtliche Tätigkeit aus wichtigem Grund abzulehnen oder sein Ausscheiden aus dem Amt zu verlangen (s. § 23 DGO). Über das Vorliegen eines wichtigen Grundes entscheidet die Gemeinde d. h. der Bürgermeister.

74) s. § 19 III DGO. Das verliehene Bürgerrecht kann aberkannt werden. S. § 20 II Ziff. 2 DGO; §§ 21 II, 23 II, 24 II, 55 Ziff. 3 DGO.

75) s. § 21 DGO. Für die Aberkennung gilt §§ 21 III, 20 II Ziff. 2 DGO.

76) s. § 28 DGO. Für die Aberkennung gelten §§ 28 III, 20 II Ziff. 2 DGO. Diese Regelungen der Anmerkung 74—76 scheinen selbstverständlich. Bemerkenswert ist dagegen, daß dem einzelnen Gemeindebürger weder ein aktives noch passives Wahlrecht irgendwelcher Art zusteht. Der einzelne wird vielmehr in das Amt frei berufen und ebenso frei abberufen. Daß dabei der Bürgermeister der Gemeinde sich mit dem Beauftragten der Partei und gegebenenfalls mit dem Reichsstatthalter und der Aufsichtsbehörde in Verbindung setzen muß, sei erwähnt. (Vgl. §§ 51, 52, 54 DGO). Der Kreis derer, die für die Betrauung mit Gemeindeämtern in Frage kommt, ist grundsätzlich auf Gemeindebürger beschränkt. (vgl. §§ 22 I S. 1, 26 f, 41, IV, 44 III, 48 ff DGO).

77) vgl. Art. 16 Abs. I Bayr. GAG. (Dazu Ziff. 8 d. Bek. z. GAG v. 4. 2. 1937 — GVBl. S. 27).

Anders steht es mit den sog. Steuernachlässen, die eine entsprechende Minderung oder Aufhebung der Gemeindeumlagenpflicht bewirken, (s. Art. 16 II Bay. GAG; Steuerniederschlagungen — Art. 16 I Bayr. GAG — haben auf die Gemeindeumlagenschuldigkeit keinen rechtlichen Einfluß).

Steuernachlaß im Sinne des Bayr. GAG ist eine nachträglich gewährte Vergünstigung, auf deren Gewährung dem Steuerpflichtigen ein Anspruch zusteht. Beisp. s. Hertle, aaO. S. 80.

Die Landessteuergesetze kennen außer dem Nachlaß und der Niederschlagung der Steuer noch den Erlaß von Steuer". ‚Steuererlaß' im Sinne der Landessteuergesetze deckt sich mit dem ‚Steuererlaß' nach § 131 RAO; er ist seiner unmittelbaren Rechtswirkung nach ganzer oder teilweiser Verzicht des Steuergläubigers auf die Steuer und bewirkt den ganzen oder teilweisen Untergang der Steuerforderung. Ob dem Steuererlaß der Rechtscharakter eines Steuernachlasses zukommt oder nicht, hängt davon ab, ob dem Steuerpflichtigen auf den

II. Das Rechtsschutzverfahren.

Wir haben festgestellt, daß die Verwaltung an der materiellen Gerechtigkeit ausgerichtet sein muß. Die Verwaltung muß recht- und gesetzmäßig sein. Dabei ist Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht eine für das Verwaltungshandeln etwa gegebene Notwendigkeit, für jeden einzelnen Tätigkeitsakt eine besondere gesetzliche Ermächtigung nachzuweisen. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bedeutet: Die Verwaltung darf bei ihrem Handeln Recht und Gesetz nicht verletzen, muß nach Recht und Gesetz ausgerichtet sein, findet an Recht und Gesetz ihre Schranken. Rechtmäßig zu sein ist wesenthafte Grundlage für den Bestand einer fruchtbaren Verwaltung[78]).

Die Rechtmäßigkeit der Verwaltung ist eine doppelte: ihre materielle Rechtmäßigkeit bedeutet ihren Willen zu materieller Gerechtigkeit in unmittelbar sachlicher Beziehung.

Aus diesem Willen zu materieller Gerechtigkeit innerhalb des Gebäudes ihrer Rechtsbeziehungen und Rechtsgestaltungen ergibt sich ihre formelle Rechtmäßigkeit: Der Wille und das Bedürfnis nach Schutz dieser Rechtsbeziehungen und Rechtsgestaltungen. Die rechtmäßige Verwaltung hat die Notwendigkeit in sich, ihren ordo, ihren Ordnungsstand, ihren objektiven Inhalt in seiner geordneten Gestalt zu erhalten.

Die rechtmäßige Verwaltung schützt den Ordnungsstand ihrer Rechtsbeziehungen und Rechtsgestaltungen (Rechtsschutz).

Wir unterscheiden innerhalb der verwaltungsrechtlichen Tatbestände zwischen öffentlich-rechtlichen Rechtsansprüchen, Rechtsvorteilen zu-

---

Steuererlaß ein Rechtsanspruch zusteht oder nicht. Besteht ein Rechtsanspruch auf den Steuererlaß, so bewirkt der Steuererlaß die entsprechende Minderung oder Aufhebung der Gemeindeumlagenschuldigkeit. Besteht kein Rechtsanspruch auf den Steuererlaß, wie dies z. B. bei Art. 56 I d. (bay.) Gewerbesteuergesetzes (v. 8. 4. 1935 GVBl. S. 335; dazu vgl. §§ 1, 3 d. AÜVzRstGes. v. 4. 2. 1937 — GVBl. S. 13) der Fall ist, so ist der Steuererlaß in gleicher Weise wie die Steuerniederschlagung ohne rechtlichen Einfluß auf die Gemeindeumlagenschuldigkeit". S. Hertle, aaO. S. 81, 82.

Dagegen kann die Gemeinde allgemein auf das Recht, eine bestimmte Steuer usw. einzuführen, wozu sie nach Reichs- und Landesrecht berechtigt ist, nicht verzichten. S. Bay. VGH Bd. 16 S. 206; Bd. 24 S. 161 Bd. 32 S. 102.

78) S. Reichs- und Preußischen Minister des Innern Dr. Frick in seinem Vortrag vor der Akademie des Deutschen Rechtes am 23. 10. 1936, VB, süddeutsche Ausgabe v. 24. 10. 1936, 298. Ausg.

Vgl. zur Frage der Rechtmäßigkeit der Verwaltung ergänzend: Bühler aaO. (1) S. 67, 514; v. Hippel, ArchöffR nF. Bd. 12 S. 395; Piloty-Schneider, Grundriß des Verwaltungsrechtes in Bayern und dem Deutschen Reich, 1930, S. 41; Schmitt C., JW 1934 S. 713 ff, bes. 716; Koellreutter, DJZ 1934 Sp. 629; Maunz aaO. S. 34 S. 52; ders. ZgS 95 Bd. (1935) S. 324, 325, 327; ders., D.Verw.Bl. 1934 S. 210; Huber DJZ 1934 Sp. 957; Knauth, DJZ 1935 Sp. 222; Scheuner, RuPrVerwBl. 1934 S. 514; Koettgen aaO. S. 36.

gunsten Einzelner aus den Normen des objektiven Rechtes und dem weiten Gebiet der nur durch die allgemeine Amtspflicht gebundenen Ermessenstätigkeit der öffentlichen Gewalt. Deshalb kann auch Verwaltungsrechtsschutz nicht lediglich umschrieben werden als Schutz öffentlich-rechtlicher Rechtsansprüche[79]). Verwaltungsrechtsschutz bedeutet vielmehr Schutz des materiellen Ordnungsstandes sämtlicher Rechtsbeziehungen und Rechtsgestaltungen der Verwaltung.

Wie Gegenstand des Verwaltungsrechtsschutzes nicht ausschließlich die öffentlich-rechtlichen Rechtsansprüche sein können, so darf auch sein Mittel nicht einseitig bestimmt werden. Es geht nicht an, den Verwaltungsrechtsschutz etwa nur durch Verwaltungsgerichte im überkommenen Sinn sich verwirklichen lassen zu wollen. Vielmehr haben als Mittel des Verwaltungsrechtsschutzes sämtliche förmlichen und nichtförmlichen Rechtsschutzmöglichkeiten der Rechtsordnung zu gelten, einschließlich derjenigen, die sich aus dem organisatorischen Aufbau der Verwaltungsbehörden[80]) selbst ergeben. Daß dabei vom Standpunkt des einzelnen — die Wahrung seines[81]) vom Recht umrissenen Standpunktes wird auch einem gemeinschaftsvorbetonten Verwaltungsrecht unerläßlich sein — wie vom Standpunkt der Allgemeinheit selbst manche Rechtsschutzmittel schutzgewährleistender erscheinen als wie andere, darf nicht verkannt werden.

Unter gleichmäßiger Berücksichtigung von Gegenstand und Mittel des Verwaltungsrechtsschutzes ist zu bestimmen:

Verwaltungsrechtsschutz bedeutet Schutz des materiellen Ordnungsstandes der Rechtsbeziehungen und Rechtsgestaltungen der Verwaltung durch die förmlichen und nichtförmlichen Mittel des Rechtes[82]).

Von dieser Bestimmung des Wesens des Rechtsschutzes werden wir bei Prüfung der Frage, wie das neue deutsche Gemeinderecht den Ordnungsstand seiner verwaltungsrechtlichen Rechtsbeziehungen und Rechtsgestaltungen schützt, ausgehen müssen — vor allem dann, wenn wir an Hand des neuen deutschen Gemeinderechtes ein allgemeines

79) s. Huber, Deutsches Recht 1935 S. 401.

80) s. insb. Köttgen, ReichVerwBl. 1935 S. 66; ders., Deutsche Verwaltung (Grundriß) 1935 S. 213; Huber, Deutsches Recht 1935 S. 401.

81) Die Gemeinschaft muß es dem einzelnen Mitglied, soweit es natürliche Person ist, ermöglichen, Persönlichkeit zu werden d. h. zur sittlichen und geistigen Vollendung seines Person-Seins zu kommen.

82) Verwaltungsrechtsschutz bedeutet demnach nicht nur Schutz öff.-rechtl. Rechtsansprüche, sondern auch Schutz öff.-rechtl. Interessen. Er bedeutet auch nicht Schutz der öff.-rechtl. Rechtsbeziehungen und Rechtsgestaltungen ausschließlich durch den Arm der Verwaltung, sondern Schutz durch Rechtsinstitution und ihre Organisation überhaupt. Vgl. Otto Mayer, aaO. Bd. 1 S. 122 („Schutz im Wege Rechtens"); Herrnritt, aaO. S. 445, 455; vgl. auch Huber, ZgS 1936 (96. Bd.) S. 450. Die notwendige Beschränkung ergibt sich im Einzelfall aus der Legitimation zur Auslösung des in Betracht kommenden Rechtsschutzmittels.

Urteil für die Formung des Verwaltungsrechtsschutzes der Gegenwart und Zukunft gewinnen wollen[83]).

1. Schutz durch verwaltungsgerichtliches Verfahren.

Die Gemeindeordnung sieht in gewissen Fällen die Klage im Verwaltungsstreitverfahren vor, nämlich wenn Streit besteht über

a) das Recht zur Mitbenützung der öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde[84]),
b) den Erwerb, das Erlöschen oder die Verwirkung des Bürgerrechtes[85]),
c) die Festsetzung von Zwangsgeldern oder die Ersatzvornahme und die Verhängung von Bußen[86]) [87]).

Daneben räumen die Gemeindeabgabengesetze an vielen Stellen bei Streit über Grund oder Höhe von gemeindlichen Umlagen[88]), Abgaben[89]) und Gebühren[90]) die Klage im Verwaltungsstreitverfahren ein.

---

83) Die Auseinandersetzung befaßt sich mit der Frage des Rechtsschutzes in seinen grundsätzlichen Einrichtungen und seiner grundsätzlichen Verwirklichung. Auf Einzelheiten will nicht eingegangen werden. Ausgeschieden sind deshalb sämtliche spezifisch-technische Fragen, vor allem des Prozeßrechtes. Ausnahmen ergeben sich aus dem Zusammenhang.

84) S. § 30 DGO i. V. m. § 29 Ziff. 1 (§ 17) DGO.

85) S. § 30 DGO i. V. m. § 29 Ziff. 3 (§§ 19, 20, 23 II, 24 II), DGO.

86) S. § 30 DGO i. V. m. § 29 Ziff. 2 (§ 18 III) 29 Ziff. 4 (§§ 23 II, 24 II) DGO.

87) Zu Anm. 84, 85, 86, für Bayern: jeweils verbunden mit Art. 8 Ziff. 32 VGG i. d. F. des § 79 Abs. I d. AnglVOzDGO v. 1. 4. 1935 (GVBl. S. 180/195) und der ab 1. 4. 1937 geltenden Neufassung d. § 9 Abs. I Ziff. 2 AÜVzRstGes. v. 4. 2. 1937 (GVBl. S. 13).

88) Für Bayern s. Art. 15 II (4, 6) Bayer. GAG v. 8. 4. 1935 i. V. m. Art. 8 Ziff. 30 VGG i. d. F. der genannten AnglVO und § 4, § 9 I Ziff. 4 AÜVzRstGes. v. 4. 2. 1937 — GVBl. S. 13. (Zur Frage der Begriffsbestimmung der gemeindlichen Umlagen s. Hertle, aaO. S. 50).

89) Für Bayern: S. Art. 1 (Allgemeine Bestimmungen über örtliche Abgaben), Art. 2 (Zuwachssteuer), Art. 3 (Vergnügungssteuer), Art. 4 (Kurabgabe), Art. 5 (Zuschläge zur Grunderwerbssteuer), Art. 6 (Pflaster-, Wege- und Brückenzölle) GAG i. V. m. Art. 8 Ziff. 31 VGG i. d. F. d. § 9 I Ziff. 1 AÜVzRstGes. v. 4. 2. 1937; für die Pflaster-, Wege- und Brückenzölle der Gemeinde s. Art. 8 Ziff. 19 VGG. (Zur Frage der Begriffsbestimmung der gemeindlichen Abgaben s. Hertle aaO. S. 142). Ähnliches gilt für örtliche Verbrauchssteuern (allgem. Vorschriften s. Art. 7 GAG i. V. m. Ziff. 4 d. Bek. z. GAG v. 4. 2. 1937 — GVBl. S. 24) z. B. die Gemeindebiersteuer (vgl. Mustersatzung über die Erhebung der Gemeindebiersteuer v. 27. 11. 1936 – GVBl. S. 220 —), die Gemeindegetränkesteuer (vgl. Mustersatzung über die Erhebung der Gemeindegetränkesteuer im Gemeindebezirk i. d. F. der Bekanntmachungen v. 22. 12. 1951 – GVBl. S. 402 — und 18. 4. 1935 — GVBl. S. 411 —), § 13 verb. m. Art. 8 Ziff. 31 VGG i. d. F. d. § 9 I Ziff. 1 AÜVzRstGes. v. 4. 2. 1937 – GVBl. S. 13. (Zur Begriffsbestimmung der örtlichen Verbrauchssteuern s. Hertle aaO. S. 185). Eine Ausnahme gilt für die Bürgersteuer (§ 25 der DVO v. 17. 10. 1934 RGBl. I S. 987 und Ziff. 1 II A c d. Bek. z. GAG v. 4. 2. 1937 (GVBl. S. 24) und die Zuschläge

Mit dieser Regelung und Schaffung von verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeiten hat die neue Gemeindegesetzgebung, insbesondere die Gemeindeordnung selbst, bedeutsam zur Frage des Verwaltungsrechtsschutzes durch Einräumung verwaltungsgerichtlicher Zuständigkeit Stellung genommen. Die DGO hat den Streit über die Vereinbarkeit des öffentlich-rechtlichen Rechtsanspruches mit dem neuen Rechtsdenken grundsätzlich in bejahendem Sinn entschieden. Die gleiche Entscheidung hat sie — vom Grundsätzlichen her gesehen — in der Frage der Vereinbarkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit dem neuen Rechtsdenken getroffen[91]).

---

zur Grunderwerbssteuer: § 1 II RAO — Bayern hat von der Möglichkeit des § 483 RAO keinen Gebrauch gemacht, deshalb Zuständigkeit aus §§ 228, 229 RAO). S. auch Bay. VGH Bd. 51 S. 34.

Einschlägig weiterhin Art. 9 GAG (i. V. m. Ziff. 6 d. Bek. z. GAG v. 4. 2. 1937 — GVBl. S. 24) i. V. m. Art. 8 Ziff. 33 VGG i. d. F. d. § 9 Abs. I Ziff. 1 AÜVzRstGes. v. 4. 2. 1937 (GVBl. S. 13), Art. 10 Bay. GAG (bes. Vorausleistungen; vgl. Art. 29 II Bay. GO v. 17. 10. 1927) i. V. m. Art. 8 Ziff. 26 VGG i. d. F. d. § 9 Abs. I Ziff. 1 AÜVzRstGes. v. 4. 2. 1937 (GVBl. S. 13); Art. 11 Bay. GAG (Instandhaltung der öff. Feld- und Waldwege) i. V. m. Art. 8 Ziff. 25 VGG i. d. F. der genannten Angleichungsverordnung. Dazu vgl. § 4 AÜVzRstGes. v. 4. 2. 1937 (GVBl. S. 13). (Zu bedeutsamen besonderen Regelungen siehe Übersicht bei Hertle, aaO. S. 153, 154).

90) Für Bayern s. Art. 8 II GAG (Art. 8 I:Gebühren für Benutzung ihres Eigentums, ihrer Anstalten, Unternehmungen und Einrichtungen i. V. m. §§ 30, 29 DGO verb. m. Art. 8 Ziff. 32 VGG i. d. F. d. § 9 I Ziff. 2 AÜVzRstGes. v. 4. 2. 1937 (GVBl. S. 13). (Zur Frage der Begriffsbestimmung der gemeindlichen Gebühren s. Hertle, aaO. S. 192, 138).

91) Die Stimmen derer, welche das Rechtsdenken der Gegenwart mit verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz vereinbaren und die Verwaltungsgerichtsbarkeit als förmlichstes Rechtsschutzmittel im neuen Bau des deutschen Verwaltungsrechtes nicht entbehren wollen, überwiegen — trotz Abweichungen in den Einzelheiten — weitaus. Vgl. Knauth, DJZ 1934 Sp. 1119 ff; ders., D. VerwBl. 1935 S. 106 107; ders., RuPrVerwBl. 1934 S. 885; Fabricius, Akademie für deutsches Recht 1935 S. 46 ff; Stuckart, D. Verw. 1935 S. 161 ff, insbes. S. 162; Weidemann, Verwaltungsakademie Bd. 2 Nr. 24 S. 13, 14; Maunz ZgS Bd. 93 (135) S. 311 ff, insb. S. 329 ff; Schmidt Georg RVerwBl. 1935 S. 405 ff; Koellreutter, aaO. S. 252 ff; ders. RuPrVerwBl. 1934 S. 483; ders. DJZ 1934 Sp. 630; ders. Der nationale Rechtsstaat S. 27 ff; Tartarin-Tarnheyden, aaO. S. 160 ff; ders. ArchöffR n.F. Bd. 24 (1934) S. 357; Schelcher, RVerwBl. 1935 S. 209, 210; Peters, Reich und Länder 1936 S. 61 (Buchbesprechung); Strickrodt, RuPrVerwBl. 1933 S. 608; Schack, RuPrVerwBl. 1934 S. 594; Lauer, RuPrVerwBl. 1934 S. 707, 708; Holtz, D. Verwaltung 1934 S. 290; Grauert, DJZ 1934 S. 968 (für das Polizeirecht); Huber R., Deutsches Recht 1935 S. 401; Schneider, Deutsches Recht 1935 S. 458; Scheuner, ArchöffR n.F. Bd. 24 (1934) S. 343; Reuß, JW 1935 S. 2025 ff, 2028, v. Köhler, aaO. S. 278; Laforet, aaO. S. 260. — Ablehnend: S. Brahmann, D. Verwaltung 1934 S. 52, insb. S. 54.

Vergl. insb. Reichs- und Preuß. Minister des Innern Dr. Frick in seinem Vortrag vor der Akademie des Deutschen Rechtes am 23. 10. 1936, VB südd. Ausgabe, v. 24. 10. 1936, 298. Ausg.

Schon vor Erlaß der DGO hat der Gesetzgeber zur Frage der Begründung verwaltungsgerichtlicher Zuständigkeit im Steueranpassungsgesetz v. 16. 6. 1934 (ReichsGBl. I S. 925) und im Versicherungsneubaugesetz v. 5. 7. 1934 (RGBl. I S. 577) in bejahendem Sinn Stellung genommen.

Die neue Gemeindegesetzgebung hält damit gute deutsche Tradition aufrecht[92]).

Gerade die Gemeindeordnung berührt mit der durch sie getroffenen Regelung fast sämtliche grundsätzlichen Fragen, die für die Lösung des Gesamtproblems der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine Rolle spielen[93]).

Der Gesetzgeber gibt kund, daß Rechtsinteresse des einzelnen und Rechtsinteresse der Gemeinschaft gleichermaßen die grundsätzliche Beibehaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit verlangen. Die Gemeinschaft hat an der Erhaltung der vom Recht geschaffenen und anerkannten Stellung des Einzelnen zum mindesten deshalb ein Interesse, weil die Gemeinschaft durch ihre Einzelglieder in die konkrete Erscheinung tritt und weil es der Gemeinschaft frommt, wenn ihre Glieder in den Rechtswillen der Gemeinschaft und seinen förmlichen Ausdruck ein unbedingtes Vertrauen haben und haben können. Die vom Willen zu materieller Gerechtigkeit durchströmte Gemeinschaft sieht kein Hindernis in einem Streit mit einem Einzelglied vor dem unabhängigen Richter auch in unmittelbar öffentlich-rechtlicher Streitsache Recht zu nehmen[94]).

Die öffentlich-rechtliche Streitsache entströmt dem öffentlich-rechtlichen Verwaltungsrechtsverhältnis: dem Rechtsverhältnis, das zwischen Hoheitsträgern, die durch ihre Behörden tätig werden, selbst oder zwischen Hoheitsträgern und einzelnen Mitgliedern der Gemeinschaft oder zwischen letzteren in vom öffentlichen Recht bestimmter Sache entstehen und bestehen können. Die öffentlich-rechtliche Streitsache entströmt der Verwaltung, welche die Verwirklichung der Staatsziele anstrebt. Zur Entscheidung der im Rahmen dieser Staatstätigkeit entstehenden streitigen Spannungsverhältnisse hat Verwaltungsgerichtsbarkeit Sinn und Platz. Hier sieht sie das neue Gemeinderecht vor. Es ist selbstverständliche Folge, daß die Gemeindegesetze als verwaltungs-

---

92) Vgl. WeimV. Art. 107 und dazu Anschütz, aaO. S. 495.

Einen Überblick über die geschichtliche Entwicklung bis zum Jahr 1880 (Kampf zwischen justizstaatlicher und verwaltungsrechtsstaatlicher Auffassung; insb. Gneist, Der Rechtsstaat 2. Aufl. 1879); gibt Sarwey, aaO. S. 120 ff. Meyer-Anschütz, aaO. S. 783, insb. S. 587, wo ein geschichtlicher Überblick über die Einführung verwaltungsgerichtlicher Zuständigkeiten durch Gesetz in den einzelnen deutschen Ländern gegeben wird. S. auch Fleiner, aaO. S. 236.

93) Knauth DVerwBl. 1935 S. 106.

94) Über die Gründe für die Beibehaltung schwankt die Meinung des Schrifttums. Vgl. Maunz ZgS Bd. 95 (1935) S. 331; Schmidt Gg., ReichVBl. 1935 S. 406: („So liegt die Beibehaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit keineswegs hauptsächlich im Interesse des einzelnen, sondern ganz überwiegend im Interesse des Volksganzen"); Fabricius, Akademie für deutsches Recht 1935 S. 48; Stuckart D.Verw. 1935 S. 162, 163 („Um des Ganzen willen aber hat der Staat ein Interesse daran, daß die Einzelzelle in Ordnung ist d. h. daß die Belange des Einzelnen nicht zum Schaden der Gesamtheit beeinträchtigt werden. S. auch Huber, ZgS 96 Bd.)1936) S. 450.

rechtliche Gesetze die Anrufung des Verwaltungsrichters zur Beurteilung jener Staatstätigkeit, die in der unmittelbaren Setzung der Staatsziele und der unmittelbaren Bestimmung der zur Erreichung dieser Ziele einzuschlagenden Wege besteht, nicht vorsehen. Fragen primär politischer Bedeutung sind grundsätzlich der Nachprüfung durch Richterspruch entzogen[95]).

95) Gerade in dieser Frage herrscht unübersehbarer Meinungsstreit, der seinen Grund in der mangelnden Einsicht in das Wesen der Verwaltungstätigkeit hat und die politische Entscheidung von grundsätzlicher Bedeutung — Führerentscheidung an höchster Stelle in Bestimmung der Staatsziele und Staatswillensrichtung — mit der politisierenden Entscheidung jeder Unterbehörde gleichsetzt.

Daß auch die Entscheidungen der Unterbehörde nicht auf ihre Richtigkeit d. h. nicht darauf nachgeprüft werden können, ob sie im Einzelfall zur politischen Gesamtzweckerreichung förderlich waren oder sind, bedarf keiner Erwähnung. Während aber die politische Führerentscheidung an höchster Stelle weder auf Richtigkeit noch auf Gesetzmäßigkeit nachprüfbar ist (— bei Abweichung von seither geltendem Gesetz stellt die Führerentscheidung neues Gesetz, im Einzelfall auch Ausnahmegesetz dar!), sind die Akte der Nachbehörden auf ihre Gesetzmäßigkeit d. h. ihren Einklang mit den Gesetzen richterlich nachprüfbar. Die Nachprüfung ihres Einklanges mit dem Führerwillen erfolgt insoweit, als der Führerwille in einem Gesetz für die Nachbehörden bindend festgelegt ist. Jede weitere Nachprüfung ist dem Verwaltungsrichter verschlossen. (Die Nichtprüfbarkeit der Richtigkeit ihrer Akte stellt eine Parallele zur allgemeinen Nicht-Nachprüfbarkeit des Verwaltungsermessens dar, mit dem bedeutsamen Unterschied, daß bei der Richtigkeit als politischer Zweckmäßigkeit eine Frage der Richtigkeitsüberschreitung oder des Richtigkeitsmißbrauches bereits aus logischen Gründen nicht auftreten kann. S. Anm. 99).

Zum einzelnen vgl. Knauth, DJZ 1934 Sp. 119 ff; ders. D.VerwBl. 1935 S. 108; Stuckart, D.Verw. 1935 S. 161; Maunz ZgS Bd. 95 (1935) S. 161 ff; Koettgen ReichVBl. 1935 S. 66; Carl Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, S. 17; Maunz, Neue Grundlagen des Verwaltungsrechtes 1934 S. 17, 42; s. auch Scheuner, ArchöffR n.F. Bd. 24 (1934) S. 343; Schack RuPrVerwBl. 1934 S. 594, Schneider, Deutsches Recht 1935 S. 461; Köttgen aaO. S. 219. Daß bei der hier gegebenen Abgrenzung des Verwaltungstatbestandes von der politischen Entscheidung Verwaltungsgerichtsbarkeit und Führerprinzip sich nicht entgegen stehen, bedarf nur des Hinweises. S. Schmidt G., ReichVBl. 1935 S. 405.

Der Erlaß von Gesetzen und Rechtsverordnungen stellt sich nach Motiv und Inhalt primär als politische Entscheidung der Staatsführung dar. Auch wenn die Ermächtigung zur Rechtsetzung auf nachgeordnete Behörden (— oder: nicht ursprüngliche Hoheitsträger) durch Delegation übertragen ist. Rechtsetzungsakte sind keine Verwaltungsakte. Deshalb keine generelle Nachprüfung ihrer Gültigkeit durch den Verwaltungsrichter. Durch Rechtsetzungsakt gesetztes Recht ist aber im einzelnen Fall Grundlage für den einzelnen Verwaltungsakt. Deshalb insoweit Nachprüfung des Rechtsetzungsaktes im Verwaltungsstreitverfahren, als Zulässigkeit und Begründetheit des mit verwger. Klage geltend gemachten Klagebegehrens von der Rechtmäßigkeit eines für das streitige Rechtsverhältnis bedeutsamen Rechtsetzungsaktes abhängt. Wirkung aber nur ad hoc!

Das Gebiet der Aufsicht über die Gemeinde ist ein Grenzgebiet zwischen der Verwaltung als Durchführung des Staatswillens und der politischen Zielgestaltung. Es hat Sinn, Akte der Staatsaufsicht der verwaltungsrichterlichen Nachprüfung zu entziehen. Im einzelnen kann man begründeterweise anderer Meinung sein. s. Anm. 117, 118.

Maßnahmen der Dienstgewalt im inneren Dienstbetrieb der Verwaltungs(-Gemeinde-)Behörden sind der verwaltungsrichterlichen Nachprüfung entzogen, nicht

Dies wird die Regelung der Zukunft sein.

Die an der materiellen Gerechtigkeit ausgerichtete Gemeinschaft ist grundsätzlich gewillt, auch im öffentlich-rechtlichen Streitfall mit dem Einzelglied vor dem Verwaltungsrichter Recht zu hören. Aber der neue Staat hat aus dem Vertrauen zu der in ihm ruhenden Verhaftung an die materielle Gerechtigkeit den Willen, diese Fälle der möglichen Anrufung des Verwaltungsrichters nicht nur sachlich zu beschränken[96]). Er beschränkt die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit auch innerhalb der für ihre Entscheidung als geeignet anerkannten Staatstätigkeit zahlenmäßig. Nur dort, wo die Gemeindegesetze die Anrufung des Verwaltungsrichters namentlich und für den einzelnen Fall vorsehen, kann dieser Rechtsschutzweg beschritten werden[97]).

Zweck der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist auch künftig, die Nachprüfung von Rechtsfragen vor dem Verwaltungsrichter zu ermöglichen. Bei dieser Nachprüfung ist der Verwaltungsrichter nur dem Gesetz und seinem Gewissen unterworfen. Deshalb stellt die Verwaltungsgerichtsbarkeit auch künftig echte Gerichtsbarkeit dar, mit sämtlichen Sicherungen (— richterliche Unabhängigkeit —), mit denen der moderne Rechtsstaat seine Gerichtsbarkeit umgibt[98]).

Fragen des reinen Verwaltungsermessens sind auch künftig grundsätzlich der Nachprüfung durch den Verwaltungsrichter entzogen. Dort, wo die Ermessensfrage zur Rechtsfrage wird, entscheidet der Verwaltungsrichter. Die Gemeindeordnung sagt: Die Klage vor dem Verwaltungsrichter kann nur darauf gestützt werden, daß die Verfügung

---

weil sie Entscheidungen politischer Staatszielsetzung wären, sondern weil sie trotzdem nicht dem Gebiet der verwaltungsmäßigen Durchsetzung der Staatsziele angehören, also keine Verwaltungsakte darstellen, sondern reine interne im Verwaltungsbehördenaufbau sind. S. Schmidt G., ReichVBl. 1935 S. 408, 409.

96) S. Anm. 95.

97) sog. (formelles) Enumerationsprinzip: Aufzählungsgrundsatz (Aktionensystem). Für Einzelaufzählung: v. Köhler, aaO. S. 278, Reuß, JW 1935 S. 2028; Stuckart, D.Verw. 1935 S. 163; Schmidt Gg., ReichVBl. 1935 S. 408; Köttgen aaO. S. 215.

Abweichend: (zum mindesten hinsichtlich der Anfechtungsklagen gegen polizeiliche Verfügungen) Knauth, DJZ 1934 Sp. 1122; Maunz, Neue Grundlagen des Verwaltungsrechtes 1934 S. 56; Tartarin-Tarnheyden, ArchöffR n.F. Bd. 24 S. 557.

Vor dem Jahre 1933 neigte man dazu, der Generalklausel den Vorzug zu geben: s. Fleiner aaO. S. 254; Rottmann H. aaO. S. 23, 33. Zur bay. Gesetzgebung und Rechtssprechung des Bay. VGH s. Dyroff, aaO. S. 266, 267 (VGG Art. 8, 10, 11); Generalklausel in der Gesetzgebung; s. Hamburg. Ges. v. 2. 11. 1921 § 19; ebenso Brem.Ges. v. 6. 1. 1924 § 8; (starke Einengung für Hamburg durch Gesetz vom 23. 6. 1933).

98) anders: Anschütz aaO. S. 497; s. aber ders., Handwörterbuch der Communalwissenschaft 1924 Bd. IV S. 327; Otto Mayer, aaO. Bd. I S. 131, 135; S. 138, 151.

Wie hier bereits Loening, aaO. S. 797; Stengel, aaO. S. 218; Anschütz-Meyer, aaO. S 779, 780; Fleiner, aaO. S. 248, 249; v. Köhler, aaO. S. 261, 262; Dyroff, aaO. S. 255, 256; Seweloh, ArchöffR a.F. Bd. 29 S. 1 ff; Koellreutter aaO. S. 252.

(gegen die sich der Kläger durch Anrufung des Verwaltungsrichters wendet) gesetzwidrig sei[99]).

Die Verfügung muß mit dem Gesetz in Widerspruch stehen. Ihre Rechtswidrigkeit kann sich aus ihrem Inhalt — das geltende Recht

---

99) S. § 30 Abs. II DGO.

Damit ist die Frage der „Ermessensnachprüfung der Verwaltung" durch den Verwaltungsrichter im allgemeinen negativ entschieden.

Vgl. zur Literatur vor 1933: Knauth-Wagner, Landesverwaltungsordnung für Thüringen S. 190, 191; Piloty-Schneider, aaO. S. 57 58; Bühler, aaO. (1) S. 215; Fleiner, aaO. S. 140 ff; 257; Perels Kurt, ArchöffR n.F. Bd. 6 (1924) S. 96; 97; Dyroff, aaO. S. 296 ff, 409, 424, 425, 435, 502 ff; O. Mayer, aaO. Bd. 1 S. 133; Rottmann H., aaO. S. 14, 23, 27 ff (Übersicht über die Lit.); Bühler, aaO. (1) S. 162 ff, 199, 379; ders. aaO. (2) S. 26 ff; Friedrichs H., Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd. II (1927) S. 337, 338; Herrnritt, aaO. S. 297 ff.

Zur Gesetzgebung vor 1933 vgl. Art. 13 II Württg. Verwaltungsrechtspflegegesetz; Art. 15 I Ziff. 3 Bay. VGG; § 76 Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz; § 128 I Thür. Landesverwaltungsordnung; § 4 IV Bad. Ges.; § 33 IV Meckl.-Schwer.-Ges.; § 46 Hamb.Ges.; § 9 Brem.Ges. (Neufassung v. 14./21. 9. 1933 § 23); §§ 126, 127 Preuß. Landesverw.Ges.

Zur Lit. nach 1933 vgl.: Knauth, DJZ 1934 Sp. 1123; Surén-Loschelder, aaO. S. 157; Schmidt G., ReichVBl. 1935 S. 407; Schelcher, ReichVBl. 1935 S. 212; Huber, DJZ 1934 Sp. 957, Maunz, aaO. S. 18—20; v. Köhler, aaO. S. 269, 279 (— will der verwaltungsrichterlichen Nachprüfung die Fragen des sog. Ermessensmißbrauches entziehen, ihr dagegen die Nachprüfung der sog. Ermessens-Überschreitung und der richtigen Anwendung der sog. unbestimmten Gesetzesbegriffe belassen).

Neben die Rechts- und Tatfragen (— Tatfragen haben es mit der Beurteilung von Tatsachen zu tun. Tatsache ist jeder äußere oder innere Vorgang, der der Nachprüfung durch Dritte offen steht. S. auch RG i. JW 1928 S. 1745 —) stellt die überkommene Lehre die Fragen des Ermessens.

Hier wird unterschieden:

Freies (reines) Verwaltungsermessen d. h. die Befugnis des handelnden Verwaltungsorganes nach pflichtmäßiger Abwägung (nicht: nach Willkür) einen Rahmen zu spannen (s. Fleiner aaO. S. 142; Dyroff, aaO. S. 506; Bühler, aaO. (2) S. 26). Dieses Ermessen als Zweckmäßigkeitsermessen unterliegt grundsätzlich verwaltungsrichterlicher Nachprüfung nicht.

Richterliches Ermessen d. h. Nachprüfung ob ein vom Gesetz vorgesehener Rahmen durch die Umstände (Tatbestandsmomente, besser: Sachverhaltsmomente) des einzelnen Falles ausgefüllt, gespannt ist. S. v. Köhler, aaO. S. 270. Dieses Ermessen als Rechtmäßigkeitsermessen unterliegt verwaltungsrichterlicher Nachprüfung. Zum richterlichen Ermessen zählen die Fragen der Ermessensüberschreitung und des Ermessensmißbrauches; vgl. v. Köhler, aaO. S. 270; Fleiner, aaO. S. 142, 144, 145, 146.

Verwaltungsrichterlicher Nachprüfung unterliegen die sog. unbestimmten Gesetzesbegriffe. Es sind das solche Begriffe, die keinen absolut gegebenen Inhalt haben, sondern die mehr oder minder bestimmt einen Rahmen spannen, den die konkreten Lebensverhältnisse ausfüllen, dessen Füllung vom Verwaltungsbeamten aber nicht erst vorzunehmen ist, sondern vom Verwaltungsrichter als Tatsache (Faktum) festgestellt und gewürdigt wird. (In Frage stehende Begriffe sind: öffentliches Interesse, Gemeinwohl, Zuverlässigkeit, Bedürfnis usw.) S. Knauth, DJZ 1934 Sp. 1123; v. Köbler, aaO. S. 270; Laforet, aaO. S. 264.

Zur Frage des verwaltungsrichterlichen Prüfung entzogenen Verwaltungsermessens vgl. (— berücksichtigt sind nur neuere Entscheidungen, frühere Entscheidungen vgl. die einschlägige Lit. zur Rechtssprechung der höchsten Ver-

hat in sachlicher Hinsicht keine oder nur unrichtige Anwendung gefunden — oder aus der Art und Weise ihrer Entstehung — aus den Mängeln des Verfahrens — ergeben. Durch diese Regelung ist ein Zweifaches gewollt und erreicht: Die notwendige Handlungsfreiheit der Verwaltung und die ebenso notwendige Möglichkeit, die Tätigkeit der Verwaltung dort zu überprüfen, wo Rechtsfragen öffentlich-rechtlicher Art im Vordergrund stehen.

Die Gemeindeordnung räumt die verwaltungsgerichtliche Klage ein, wenn die Verfügung den Kläger beeinträchtigt. In Verbindung mit dem Erfordernis der Gesetzwidrigkeit der belastenden Verfügung enthält dieses Erfordernis der Beeinträchtigung des Klägers als Klagevoraussetzung eine Stellungnahme zum K l a g e i n h a l t. Eine Stellungnahme zum K l a g e z i e l liegt damit gleichzeitig insoferne vor, als die Klage die Beseitigung dieser gesetzwidrigen und den Kläger beeinträchtigenden Verfügung anstrebt.

Wann liegt eine Beeinträchtigung des Klägers vor?

Die zur verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung bestimmten und eingangs wiedergegebenen Fälle der neuen Gemeindegesetzgebung eröffnen sämtliche dem Kläger den Verwaltungsrechtsweg nur dann, wenn er in seinen öffentlich-rechtlichen Rechtsansprüchen verletzt ist oder die Feststellung eines öffentlich-rechtlichen Rechtes oder Rechtsverhältnisses erreichen will oder durch einen beschwerenden Verwaltungsakt un-

---

waltungsgerichte der beiden größten deutschen Länder; Auswahl insb. unter Berücksichtigung des möglichen Inhaltes gemeindlicher Satzungen —) Bay. VGH Bd. 25 S. 78; Bd. 28 S. 61; Bd. 33 S. 122; Bd. 35 S. 19; Bd. 42 S. 9; Bd. 42 S. 79; Bd. 54 S. 108; PrOVG Bd. 73 S. 92; Bd. 77 S. 373, 374; Bd. 81 S. 217; Bd. 82 S. 277; Bd. 83 S. 230; Bd. 85 S. 154; Bd. 87 S. 307; Bd. 89 S. 25 (Notwendigkeits- und Zweckmäßigkeitsfrage: Verwaltungsermessensfragen); PrVOG Bd. 68 S 286; Bd. 91 S. 167 (Angemessenheit als Verwaltungsermessensfrage); Bay. VGH Bd. 49 S. 147; PrVOG Bd. 68 S. 295; Bd. 80 S. 57; Bd. 83 S. 106 (allgemein: Ermessensfragen dem Verwaltungsrichter entzogen).

Zur Frage der verwaltungsrichterlichen Nachprüfung von Ermessensüberschreitung und Ermessensmißbrauch vgl. PrOVG Bd. 30 S. 315; Jahrbuch des sächs. OVG Bd. 3 S. 199; Urteil des Württ. VGH v. 11. 1. 1933 Nr. II 102/103, abg. in D. Verw.Bl. 1935 S. 319; Bay. VGH Bd. 28 S. 61; Bd. 33 S. 122; Bd. 35 S. 20 ff; Bay. OLGZ R III 44/1922 v. 10. 5. 1922 im Bay. Staatsanzeiger 1923 Nr. 43; vgl. ferner grundlegend: Bay. VGH Bd. 44 S. 76 ff (Bd. 25 S. 15; Bd. 29 S. 111); Bd. 41 S. 80 (Fragen des verwaltungsrichterlichen Ermessens: die Prüfung der Grenzen und der gesetzlichen Voraussetzungen einer Ermessensentscheidung); Bd. 44 S. 59; Bd. 47 S. 28; Bd. 48 S. 4 (zur Auferlegung von Auflagen); Bd. 49 S. 9; Bd. 49 S. 93; Bd. 49 S. 134 ff; Bd. 53 S. 176, 180; Bd. 53 S. 53 ff; Bd. 54 S. 106, 116; Bd. 55 S. 157; Entscheidung v. 26. 7. 1933 Nr. 72 I/2. PrOVG Bd. 68 S. 423; Bd. 72 S. 298; Bd. 80 S. 198; Bd. 82 S. 322; Bd. 84 S. 248; Bd. 88 S. 91; Bd. 91 S. 127.

Zur Frage der verwaltungsrichterlichen Nachprüfung sog. unbestimmter Gesetzesbegriffe vgl. Bay. VGH Bd. 37 S. 56 (Begriff der B e n u t z u n g einer gemeindlichen Wasserleitung); Bay VGH Bd. 42 S. 93; PrOVG Bd. 76 S. 160, 167; Bd. 77 S. 319 (Begriff des ‚Weges' und der ‚Straße'); PrOVG Bd. 78 S. 188 (Bd. 54 S. 134; Bd. 64 S. 247 f. 257) (Begriff der Gleichmäßigkeit der Besteuerung — im Sinne des § 20 I Pr. Kommunalabgabengesetz); PrOVG Bd. 79 S. 140.

rechtmäßiger Weise in seiner Rechts- oder persönlichen Interessensphäre belastet ist. Eine verwaltungsgerichtliche Klage zur Wahrung rein objektiven Rechtes kennt die neue Gemeindegesetzgebung nicht[100]). Ebenso wenig kennt sie eine Klagebefugnis für jeden Einzelnen, wenn er nur mittelbar und sachlich nachgeordnet an dem in Streit befangenen öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis interessiert ist[101]). Daß die dem Einzelnen eingeräumten Klagemöglichkeiten gleichzeitig den Schutz der objektiven Ordnung des Verwaltungsrechtes bezwecken und erreichen wollen, darf nicht verkannt werden.

Im einzelnen gilt:

Die Klage über das Recht zur Mitbenutzung der öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde stellt eine sog. Leistungsklage dar[102]). Es ergeht Verurteilung des einen Streitteiles zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung. Auf solche Klage hin kann durch verurteilenden Ausspruch z. B. eine Gemeinde für verpflichtet erklärt werden, einem Gemeindeangehörigen aus einem städtischen Elektrizitätswerk Strom liefern zu müssen. Leistungsklagen sind die Klagen über gemeindliche

---

100) Dabei ist zu beachten, daß gerade die Anfechtungsklage zu einem Rechtsschutzmittel nur des objektiven Rechtes ausgestaltet werden kann. Das neue Gemeinderecht hat diese Ausgestaltung aber nicht gebracht. Auch die Anfechtungsklage ist nur dort eingeräumt, wo der beschwerende Verwaltungsakt in die Rechts- (gilt bei einzelnen Fällen der Klage über Erlöschen des Bürgerrechtes; gilt auch für die Beschwerde des § 113 DGO, mit der die Verletzung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechtes geltend gemacht wird und die sachlich eine Anfechtungsklage ist) oder in die unmittelbar persönliche Interessensphäre des Einzelnen (gilt für die Ziff. 2, 4 des § 29 DGO; manchmal wird auch hier ein öffentlich-rechtlicher Rechtsanspruch auf Unterlassen angenommen; anders: Hofacker, DJZ 1935 Sp. 725; vgl. Schattenfroh, aaO. S. 110) eingreift.

Zur Frage nach dem ‚Schutzgegenstand und dem Zweck' des verwger. Verfahrens O. Mayer, aaO. Bd. 1 S. 132; Piloty-Schneider, aaO. S. 32; Fleiner, aaO. S. 256, 257; Rottmann H., aaO. S. 20; zur Württb. Praxis vgl. insb. Hofacker, DJZ 1935 Sp. 724, 725 (s. Art. 13 Württ. VerwRechtspflegeGes.); für Bayern (s. Art. 8 VGG) vgl. Bay. VGH Bd. 2 S. 235; Bd. 4 S. 67, 109; Bd. 20 S. 64 f (notwendig Bestreitung von Rechtsansprüchen oder Verbindlichkeiten). Zum Fürsorgerecht vgl. v. Köhler, aaO. S. 221, 222, 268.

Die jüngere Lit. vorbetont, wenn auch nicht einheitlich, als Aufgabe der VerwGerichtsbarkeit der Zukunft den Schutz der objektiven öffentlich-rechtlichen Rechtsordnung: s. Schmidt Gg., ReichVBl. 1935 S. 406; Stuckart, D. Verwaltung 1935 S. 163; Reuß, JW 1935 S. 2026; Maunz, aaO. S. 55; Scheuner, D. Verwaltung 1935 S. 245; Köttgen, aaO. S. 216; Krüger, D. Verwaltung 1935 S. 37, 38.

101) Sog. Popularklage — die Klage nicht aus persönlichem (individuellem) öff.-rechtl. Rechtsanspruch oder (Gliedschafts-)Recht oder aus unmittelbar persönlichem Interesse, sondern aus (nicht persönlich vorbetontem) Interesse an der Aufrechterhaltung der obj. Ordnung im allgemeinen. Die ganze Gemeindegesetzgebung bietet nicht einen einzigen Fall einer solchen Klage!

S. zur Frage der Popularklage: Köttgen, aaO. S. 187, 216; Tatarin-Tarnheyden, ArchöffR n.F. Bd. 24 S. 351; Maunz, aaO. S. 30; Krüger, D. Verwaltung 1935 S. 38 (unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Sächs. OVG v. 18. 1. 1934 (119– 133 I/1934, abg. ReichVBl. 1935 S. 117 ff); vgl. auch Fleiner, aaO. S. 257; Rottmann H., aaO. S. 20; PrOVG Bd. 38 S. 376; Bd. 48 S. 245; Bd. 78 S. 257.

102) s. § 29 Ziff. 1 DGO. S. Anm. 84.

Umlagen, Abgaben und Gebühren[103]). Im Falle zu viel bezahlter Umlagen, Abgaben oder Gebühren stellt die Klage auf Rückerstattung sich als umgekehrte Leistungsklage dar[104]). Die Leistungsklagen sind das eigentliche Gebiet der sog. öffentlich-rechtlichen Parteistreitigkeiten d. h. jener öffentlich-rechtlichen Klagen, bei denen zwischen den am Rechtsstreit Beteiligten Streit über die im objektiven Recht begründeten Ansprüche und Verbindlichkeiten besteht. Der Kreis der Parteistreitigkeiten wird demnach grundsätzlich durch den Kreis der Leistungsklagen umschrieben, jener Klagen, bei denen Streit über Leistungen irgendwelcher Art, regelmäßig über Geldzahlungen, über persönliche oder sachliche Dienste und über die Benutzung von Einrichtungen besteht[105]).

Mit der Feststellungsklage verlangt der Kläger die Feststellung des Vorliegens oder Nicht-Vorliegens einer öffentlich-rechtlichen Eigen-

---

103) Dies gilt sowohl, wenn die Gemeinde auf Leistung klagt (der seltenere Fall), als wenn der in Anspruch Genommene gegen Grund oder Höhe des gemeindlichen Leistungsanspruches Einwendungen geltend macht. Hertle, aaO. S. 110, 176; Bay. VGH Bd. 53 S. 116 („Der Antrag auf verwaltungsrichterliche Entscheidung, in dem die Umlagenfreiheit von Grundstücken in Anspruch genommen wird, stellt regelmäßig keine Feststellungsklage dar. Gegenstand des Streites ist regelmäßig die Umlagenforderung; über sie ist durch ein Leistungsurteil zu entscheiden").

Der Grund für die gleichmäßige Schaffung verwger. Zuständigkeit für Benutzungs- und Gebührenstreitigkeiten (§§ 29 Ziff. 1, 30 DGO; Art. 8 Bay. GAG) erklärt sich aus dem vielfachen Zusammenhang der beiden Streitigkeiten, der für beide ein einheitliches Verfahren verlangt. Die Gleichmäßigkeit gilt auch für das Einspruchsverfahren. S. Schmitt, Bay. Gemeinde- und Verwaltungszeitung 1935 S. 272. Vgl. im einzelnen Anm. 88, 89, 90. Dazu Art. 18 Bay. GAG; s. Art. 8 Ziff. 19, 25, 26, 27, 30, 31, 32, 33 Bay. VGG i. d. F. d. § 79 Ziff. 1 d. Bay. AnglVO v. 1. 4. 1935 (GVBl. S. 180) und der ab 1. 4. 1937 geltenden Neufassung d. § 9 Abs. I Ziff. 1 AÜVzRstGes. v. 4. 2. 1937 (GVBl. S. 13).

104) vgl. Bay. Bürgermeister 1935 S. 420. (Im Gegensatz zu Art. 44 Bay. GO 1927 im Art. 8 Bay. GAG aus formellen Gründen nicht mehr erwähnt). S. aber Art. 8 Ziff. 31 Halbsatz 2 Bay. VGG i. d. F. d. § 9 Abs. I Ziff. 1 AÜVzRstGes. v. 4. 2. 1937 (GVBl. S. 13): („Ansprüche auf Rückerstattung örtlicher Abgaben und Verbrauchsteuern, sowie Ansprüche auf Rückerstattung von Reichssteuern).

105) Es ist demnach auf den Streitgegenstand und nicht auf die (personale) Gleichwertigkeit der am Streit Beteiligten abzustellen. Parteistreitigkeiten sind deshalb überall dort möglich, wo zwischen gleichgeordneten Einzelnen untereinander (Gemeinde und Gemeinde, s. § 70 d. Bay. AnglVOzDGO v. 1. 4. 1935 (GVBl. S. 180) oder zwischen Einzelnen und der öffentlichen Gewalt Streit über Leistungen im Sinne des Textes entstehen kann. Da, wo die Rechtmäßigkeit eines hoheitlichen Aktes an sich im Wege der Klage angegriffen werden soll, liegt eine Anfechtungsklage vor. (Vgl. § 29 Ziff. 2, 4 DGO). Die Feststellungsklage dagegen bezweckt lediglich die Feststellung eines Rechtsverhältnisses (d. h. des Seins oder So-Seins eines Rechtsverhältnisses). Bei § 29 Ziff. 3 DGO kann Anfechtungs- oder Feststellungsklage in Betracht kommen; s. Anm. 107.

Zur Rechtslehre vgl. Fleiner, aaO. S. 265; Rottmann H., aaO. S. 25, 51 ff, insb. S. 10; Köhler, aaO. S. 275; Knauth, DJZ 1934 Sp. 1119; Schmidt Gg., Reich-VBl. 1935 S. 411.

schaft oder die Feststellung des Vorliegens oder Nicht-Vorliegens eines bestimmten Rechtsverhältnisses oder Rechtes. Die Feststellungsklage hat für das öffentliche Recht als Ausnahme zu gelten[106]). Die Gemeindeordnung selbst läßt sie zu bei Streit über Erwerb, Erlöschen oder über die Verwirkung des Bürgerrechtes[107]).

---

106) Zur Feststellungsklage im einzelnen s. Rottmann H., aaO. S. 4; v. Köhler, aaO. S. 273; Fleiner, aaO. S. 267; Dyroff, aaO. S. 262; Schmidt Gg., Reich-VBl. 1935 S. 408 (erklärt die meisten Anfechtungssachen für Feststellungsklagen. Das kann in dieser Allgemeinheit höchstens für die Anfechtungsklagen gelten, die sich gegen einen absolut nichtigen Verwaltungsakt richten und die Feststellung der absoluten Nichtigkeit dieses Verwaltungsaktes zum Inhalt und Ziel haben).

107) § 29 Ziff. 3 DGO nimmt Bezug auf die §§ 19 ff DGO; s. Anm. 85; s. Schattenfroh, aaO. S. 83.

Allerdings lassen sich die einzelnen Fälle der Ziff. 3 des § 29 DGO nicht einheitlich beurteilen. Stets Feststellungsklage liegt vor bei Streit über die Tatsache des Erwerbes oder des Nicht-Erwerbes des Bürgerrechtes. Um Feststellungsklage handelt es sich auch bei einem Streit über Erlöschen oder Verwirkung des Bürgerrechtes, wenn Erlöschen oder Verwirkung kraft Gesetzes eingetreten sind. Mit der Klage will der Kläger die Feststellung erreichen, daß das Bürgerrecht noch besteht, weil kein Grund vorliegt, der das Erlöschen oder die Verwirkung des Bürgerrechtes kraft Gesetzes nach sich zieht (vgl. § 20 I, II Ziff. 1 DGO). Wendet sich der Betroffene dagegen im Wege der Klage nach § 29 Ziff. 3, § 30 DGO gegen eine Verfügung der Gemeinde, die ihm das Bürgerrecht aberkennt (s. § 20 II Ziff. 2 i. V. m. § 23 II S. 2, § 24 Abs. II DGO), so stellt sich die Klage als Anfechtungsklage dar: der Kläger ficht den hoheitlichen, ihn nach seiner Klagebehauptung unrechtmäßig belastenden Verwaltungsakt der Gemeinde als unrechtmäßig an.

Den erhöhten Schutz der §§ 30, 29 Ziff. 3 DGO unmittelbar genießt nur das Bürgerrecht; nicht aber das Ehrenbürgerrecht (§ 21 DGO). Wird das Ehrenbürgerrecht allein aberkannt, so greift lediglich § 55 I Nr. 2, § 33 I Nr. 2 und § 21 II DGO durch. Nach Abs. III des § 21 DGO ist mit der Verwirkung des Bürgerrechtes kraft Gesetzes das Ehrenbürgerrecht verwirkt. Strengt nun derjenige, der die Verwirkung des Bürgerrechtes verneint, das Verfahren nach §§ 30, 29 Ziff. 3 DGO an, so findet dadurch unmittelbar auch das Ehrenbürgerrecht verwger. Schutz. S. auch Schattenfroh, aaO. S. 84, 85.

Ähnliches gilt, wenn die Gemeinde das Ende einer ehrenamtlichen Tätigkeit des Gemeindeangehörigen deshalb behauptet, weil er das Bürgerrecht verloren habe (§ 22 I DGO). Vgl. Schattenfroh, aaO. S. 89.

Für die Zurücknahme der Bestellung zu ehrenamtlicher Tätigkeit allein (durch den Bürgermeister — § 22 I DGO —) gilt § 31 DGO. Behauptet der Bürger mit Recht eine ehrenamtliche Tätigkeit abgelehnt oder niedergelegt zu haben und daher mit Unrecht mit einer Buße oder durch Aberkennung des Bürgerrechtes bestraft worden zu sein, so gibt § 29 I Nr. 3, 4 DGO den Rechtsschutz. S. Schattenfroh, aaO. S. 89. Bestellt die Gemeinde einen Einwohner zu ehrenamtlicher Tätigkeit und lehnt der Einwohner die Übernahme der Tätigkeit mit der Begründung ab, er sei nicht Bürger, so kann die Gemeinde ihn durch Verhängung einer Buße nach § 23 II DGO zur Annahme der ehrenamtlichen Tätigkeit zu zwingen versuchen. Ficht der Einwohner die Rechtmäßigkeit der Bußverhängung an, so wird in dem Verfahren gem. § 29 Ziff. 4, § 30 DGO die Feststellung des Vorliegens oder des Nicht-Vorliegens des Bürgerrechtes als Inzidentpunkt erledigt. Werden Bürgermeister und Beigeordnete aus ihren Ämtern berufen, so gilt § 45 I DGO; für Gemeinderäte gilt § 54 DGO. Da Grenzstreitigkeiten nicht mehr Inhalt einer Feststellungsklage zwischen einzelnen Ge-

Auch nach der neuen Gemeindegesetzgebung, insbesondere nach der neuen Gemeindeordnung selbst, umfassen den größten Raum der verwaltungsgerichtlichen Streitigkeiten die sog. Anfechtungsklagen. Mit ihnen wendet sich das in seinen Rechten oder in seinen in öffentlich-rechtlicher Hinsicht unmittelbar sachlichen Interessen beeinträchtigte Mitglied der Gemeinschaft gegen die gesetzwidrige obrigkeitliche Hoheitsverfügung. Die in den Ziffern 2 und 4 des § 29 DGO i. V. m. § 30 DGO eingeräumten Klagemöglichkeiten stellen sich als solche Anfechtungsklagen dar[108]). Die Anfechtungsklage verlangt begrifflich, daß ihr ein beschwerender Verwaltungsakt oder dessen Ankündigung

---

meinden sein können (nach § 12 I S. 2 DGO werden Grenzstreitigkeiten von der Aufsichtsbehörde — s. § 107 DGO, § 34 I. DVOzDGO — entschieden, andere Feststellungsstreitigkeiten durch § 29 Ziff. 1 DGO, der grundsätzlich die Leistungsklage vorsieht, ausgeschaltet), ergibt sich sachlich eine Beschränkung der Feststellungsklagen auf die Fälle des § 29 Ziff. 3, § 30 DGO. Die Klage stellt eine Abart der allgemeinen Feststellungsklage dar. Durch die vom Gesetzgeber in § 29 Ziff. 3, § 30 DGO getroffene Regelung werden die in der Praxis bedeutsamsten Auswirkungen des Streites über die Rechtsnatur des Bürgerrechtes (echtes öffentlich-rechtliches Gliedschafts-Recht oder nur öffentlich-rechtliche Eigenschaft) beseitigt. Vgl. Anm. 22.

Eingemeindung und Grenzänderung werden vom Gesetzgeber heute hauptsächlich unter dem Gesichtspunkt organisatorischer Zweckmäßigkeit betrachtet und sind deshalb verwger. Zuständigkeit entzogen. S. §§ 13, 14, 15 DGO, §§ 36, 37 1. DVOzDGO.

108) § 29 Ziff. 2 DGO; s. § 18 III DGO (Ersatzvornahme nur zulässig, wenn es sich um gemeindliche Anstalten mit Anschluß- und Benutzungszwang handelt und auch hier nicht — wie nach bisherigem bay. Recht — kraft Gesetzes, sondern nur, wenn die Satzung der Gemeinde sie vorsieht; s. Bay. Gemeinde- und Verwaltungszeitung 1935 S. 273; s. aber § 6 d. 1. DVOzDGO; insb. auch für Bayern § 18 Angl. VOzDGO v. 1. 4. 1935 (GVBl. S. 180). Zur Rechtsnatur der Ersatzvornahme s. v. Köhler, aaO. S. 285 (Zwangsvollzug im engeren Sinn); s. auch PrOVG Bd. 90 S. 275 ff, Bd. 90 S. 446; Ludwig Mayer, ArchöffR Bd. 32 (1914) S. 151 ff; Surén-Loschelder, aaO. S. 138; Schattenfroh, aaO. S. 79; vgl. Laforet, aaO. S. 268, 269.

Verhängung von Bußen: § 29 Ziff. 4 DGO; s. § 23 II DGO (Ablehnung ehrenamtlicher Tätigkeit oder Ausscheiden aus ehrenamtlicher Tätigkeit aus wichtigem Grund. Ob ein wichtiger Grund vorliegt, wird von der Gemeinde, dem Bürgermeister, entschieden. Förmliche Rechtsschutzmittel sind dem Betroffenen gegen die Entscheidung nicht eingeräumt. Der Betroffene kann höchstens an die Aufsichtsbehörde mit dem Ersuchen um Einschreiten nach § 109 DGO herantreten. Allerdings kann die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung über das Vorliegen eines wichtigen Grundes als Zwischen(-Inzident-)punkt Gegenstand einer verwger. Nachprüfung in einem Verfahren über die Verhängung einer Buße oder über die Aberkennung des Bürgerrechtes werden; s. Schattenfroh, aaO. S. 94); § 24 II DGO (Verletzung der Verschwiegenheitspflicht). Trotz des Wortlautes des § 29 I DGO (‚Gegen Verfügungen der Gemeinde') sind nur diese Klagen des § 29 Ziff. 2, 4 DGO als Anfechtungsklagen zu bezeichnen. Wollte man wegen des Wortlautes auf Beurteilung der einzelnen Klagen nach sachlichen Gesichtspunkten verzichten und sie sämtliche als Anfechtungsklagen bezeichnen, so hieße das den Buchstaben über den Sinn des Gesetzes stellen; es ist also im Entscheidungssatz auf das zu Grunde liegende einzelne Rechtsverhältnis nach sachlichen Erwägungen zurückzugreifen. Vgl. Anm. 140.

vorausgeht, durch dessen Gesetzwidrigkeit sich der Kläger beeinträchtigt fühlt und den er deshalb anficht. Der Kläger wendet sich unmittelbar gegen den Hoheitsakt selbst[109]).

Abgerückt ist die neue Gemeindegesetzgebung von der sog. ursprünglichen unechten Verwaltungsgerichtsbarkeit; deren Entscheidungen werden manchmal als bejahende Gestaltungsurteile bezeichnet. Diese Art der Verwaltungsgerichtsbarkeit liegt vor, wenn die ‚Streit'-Sache von vornherein nicht von der reinen Verwaltung, sondern vom Verwaltungsrichter ‚entschieden' wird. In Wahrheit handelt es sich um die Setzung gestaltender Verwaltungsakte, nicht um Rechtsprechung[110]). Gestaltende Verwaltungstätigkeit soll der Verwaltungsgerichtsbarkeit, wenigstens für den Erstakt, entzogen und der Verwaltung vorbehalten sein. Diese Folgerung zieht die neue Gemeindegesetzgebung.

Hinzuweisen ist auf das für sämtliche nach der Gemeindeordnung zulässige Klagen gleichmäßig geltende Einspruchsverfahren[111]). Jede Sache muß vor Angehung des Verwaltungsrichters das Einspruchsverfahren durchlaufen haben. Gestaltet sich für den das Verfahren Betreibenden der Einspruchsbescheid günstig[112]), d. h. wird seinem mit

---

109) Zur Frage der Anfechtungsklagen im allgemeinen vgl.: Fleiner, aaO. S. 270; Rottmann H., aaO. S. 3 ff; v. Köhler, aaO. S. 205 ff, 273; Knauth, DJZ 1934 Sp. 1120.

110) vgl. PrOVG Bd. 77 S. 444; insb. Rottmann H., aaO. S. 4 (‚Diese Art der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist entschieden abzulehnen; sie bedeutet eine Versündigung am Geiste der aktiven Verwaltung wie der Verwaltungsgerichtsbarkeit'); ebenso entschieden ablehnend: Stuckart, D. Verwaltung 1935 S. 163; Schneider, Deutsches Recht 1935 S. 461.

Im Gegensatz zu dieser unechten (abzulehnenden) ursprünglichen gestaltenden Verwaltungsgerichtsbarkeit steht die echte ursprüngliche Verwaltungsgerichtsbarkeit, umfassend die Leitungsklagen und die Feststellungssachen. (s. Rottmann H., aaO. S. 11; Schelcher, ReichVBl. 1935 S. 211). Die Beibehaltung dieser Art von Gerichtsbarkeit ist durch die neue Gemeindegesetzgebung erfolgt; der Beibehaltung ihrer Bezeichnung al s echter, ursprünglicher Verwaltungsgerichtsbarkeit steht nichts Wege, trotz der Gestaltung und des Wortlautes des § 29 DGO; vgl. Anm. 108 a. E.

111) vgl. §§ 29 II, III, 30 DGO; s. auch Art. 8 II Bay. GAG (bei Gebührenstreitigkeiten).

112) Der Bescheid auf den Einspruch hat schriftlich zu ergehen; s. Schattenfroh, aaO. S. 109; vgl. Ausführungsanweisung zu § 29 Ziff. 1; ferner Anweisung zur Ausführung der DGO zu § 29 DGO, abg. in Bay. MB. 29. 3. 1935, GVBl. S. 124, 141.

Eine Frist, innerhalb welcher nach abschlägigem Einspruchsbescheid von dem Betroffenen die verwger. Klage zu erheben wäre, mit der Folge, daß bei Fristversäumung der Verwaltungsrichter nicht mehr angegangen werden kann, sieht das Gesetz bedauerlicherweise grundsätzlich nicht vor. Die Klage im Verwaltungsstreitverfahren ist damit zeitlich unbefristet; anders für das bay. Gemeindeabgabenrecht: s. Art. 16 a VGG v. 4. 2. 1937 (vgl. § 9 Ziff. 5 AÜVzRstGes. v. 4. 2. 1937 — GVBl. S. 13). Anders bereits seither für gemeindliche Umlagen und Abgaben (mit Ausnahme der Gebühren), bei denen das bay. Recht kein Einspruchsverfahren vorsah, sondern die befristete Klage vor dem Verwaltungsrichter un-

dem Einspruch geltendgemachten Begehren stattgegeben, dann wird es nicht zur Klage im verwaltungsgerichtlichen Verfahren kommen. Wird sein Einspruch durch den Bürgermeister in abschlägigem Sinn verbeschieden, so eröffnet sich dem dadurch Belasteten die Klage vor dem Verwaltungsgericht[113]).

Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichte selbst mit seinen prozessualen Einzelheiten bestimmt sich heute noch nach Landesrecht. Das neue Gemeinderecht hat hier noch keine grundsätzlichen Entscheidungen gebracht, aus denen für die Gestaltung des Verwaltungsrechtes der Zukunft ein zuverlässiger Allgemeinschluß gezogen werden dürfte[114]). Der Ruf nach einem einheitlichen reichsrechtlich geregelten Verfahren vor dem Verwaltungsgericht schallt weiter[115]).

---

mittelbar zuließ; die Klage war binnen Monatsfrist seit Bekanntgabe der Umlagenforderung an den Verpflichteten zu erheben; gegen die Versäumung der rechtzeitigen Klageerhebung gab es eine besondere Art der Wiedereinsetzung (sog. Nachholung, s. Hertle, aaO. S. 116); s. Art. 15 II Bay. GAG v. 8. 4. 1935 (GVBl. S. 349); Hertle, aaO. S. 110, 151, 200, 204. (Rechtsmittelbelehrung s. Ziff. 4 d. Bekanntm. über VollVorzGAG v. 18. 4. 1935 — GVBl. S. 411 — zu Art. 15 GAG; diese Bestimmungen bleiben bis 31. 3. 1938 aufrechterhalten: § 4 AÜVzRstGes. v. 4. 2. 1937 (GVBl. S. 13).

113) Der Einspruch und das sich an ihn anschließende Einspruchsverfahren ist nicht ein unselbständiger Teil des verwger. Verfahrens. Er hat vielmehr die Bedeutung eines selbständigen Rechtsschutzmittels (sog. Rechtsbehelf), wie insb. aus dem Einspruch mit positivem Erfolg hervorgeht. Ebenso wenig richtet sich die verwger. Klage gegen den Einspruchsbescheid, sondern sie hat die ursprüngliche materielle Streitsache zum Inhalt. Vgl. Anm. 140.

114) Nach § 8 d. 1. DVOzDGO v. 22. 3. 1935 (RGBl. I S. 393) bestimmen bis zum Erlaß eines Reichsverwaltungsgesetzes die obersten Landesbehörden die für das Verwaltungsstreitverfahren zuständigen Behörden und das Verfahren. In der Regel haben die obersten Landesbehörden im ersten Rechtszug die Aufsichtsbehörde der Gemeinde (s. § 33 ff d. gen. DVO), im zweiten und letzten Rechtszug (— Verminderung der Rechtszüge; für Bayern s. Art. 9 a VGG i. d. F. des § 79 Ziff. 3 d. Angl. VOzDGO v. 1. 4. 1935 — GVBl. S. 180) das Landesverwaltungsgericht für zuständig erklärt. Satz 2 des § 8 aaO. bestimmt, daß die Entscheidung wenigstens im letzten Rechtszug durch eine kollegiale (Bevorzugung der mehrköpfigen Gerichte; s. Schneider, Deutsches Recht 1935 S. 461) Behörde zu treffen ist.

Für Bayern s. §§ 78, 79 d. Bay. Angl. zDGO v. 1. 4. 1935 (GVBl. S. 180). S. zur sachlichen Zuständigkeit § 11 der 1. DVOzDGO v. 22. 3. 1935 (RGBl. I S. 393); für Bayern i. V. m. § 27 AnglVOzDGO v. 1. 4. 1935 (GVBl. S. 180) u. Vollz.Bek. d. Bay. Staatsministeriums des Innern v. 30. 3. 1935 Nr. 3002 ka 36 zur DGO (Reg.Anz. Nr. 91/76) Ziff. 3; § 7 d. Bay. ÜberleitungsVOzDGO v. 30. 3. 1935 (GVBl. S. 179); s. auch f. Bayern Art. 30 VGG i. d. F. d. § 79 Ziff. 4 d. Angl. VOzDGO v. 1. 4. 1935 (GVBl. S. 180) i. V. m. § 9 d. 1. DVOzDGO. Zur Frage der örtlichen Zuständigkeit vgl. f. Bayern § 6 d. ÜberleitungsVOzDGO v. 30. 3. 1935 (GVBl. S. 179); im übrigen das Bezirksamt, das in der Gemeinde seinen Sitz hat oder in dessen Bezirk die kreismittelbare Gemeinde liegt, für Stadtkreise die Regierung, in deren Bezirk die Stadtkreise liegen.

115) Es gelten sonach die Verfahrensgesetze der Länder überall insoweit fort, als nicht altes oder neues Reichsrecht ausdrücklich oder stillschweigend entgegensteht.

2. Schutz durch förmliche Rechtsbeschwerde.

Neben der verwaltungsgerichtlichen Klage ist die förmliche Rechtsbeschwerde für den Einzelnen im einzelnen Fall nach wie vor das wirksamste Rechtsschutzmittel des öffentlichen Rechtes. Sie ist echtes Rechtsmittel. Die Gemeindegesetzgebung läßt innerhalb der von ihr vorgesehenen Fälle der förmlichen Rechtsbeschwerde zwei Gruppen erkennen:

Nach § 31 DGO findet gegen die Zurücknahme der Bestellung zu ehrenamtlicher Tätigkeit die Beschwerde statt[116]).

§ 113 DGO räumt der Gemeinde gegen ihr Selbstverwaltungsrecht ungesetzlich belastende Anordnungen der Aufsichtsbehörde die Beschwerde ein[117]) [118]).

116) i. V. m. § 22 DGO. Dabei ist es selbstverständlich, daß § 31 DGO nur Anwendung findet, wenn die Bestellung zu ehrenamtlicher Tätigkeit in die Zuständigkeit des Bürgermeisters fällt, nicht also bei § 45 DGO (Zurücknahme der Berufung von Bürgermeistern und Beigeordneten) und bei § 54 DGO (Ausscheiden von Gemeinderäten); vgl. Anm. 107. Dagegen ist es ohne unterscheidende Bedeutung ob es sich um Ehrenbeamte oder nur um ehrenamtliche Tätigkeit handelt. S. Schattenfroh, aaO. S. 111.

117) Dabei ist zu beachten, daß § 113 DGO sich ausschließlich auf die Anfechtung von aufsichtlichen Anordnungen der Aufsichtsbehörden auf Grund und im Rahmen der §§ 108—112 DGO bezieht. Allerdings greift § 113 DGO auch bei ungesetzlichen Eingriffen der Aufsichtsbehörde in das gemeindliche Selbstbetätigungsrecht (vgl. Anm. 27), soweit es ein Recht zur Normsetzung ist, Platz, wenn die Aufsichtsbehörde nach §§ 108—112 DGO vorgegangen ist, wozu sie befugt ist, da auch das gemeindliche Selbstbetätigungsrecht insoweit der Aufsicht im eigentlichen Sinn unterliegt. So kann die Aufsichtsbehörde z. B. gegen eine Gemeinde, die einen nichtigen Normsetzungsakt (z. B. eine nichtige Satzung) erlassen hat, nach §§ 108 ff, insb. nach § 109 DGO vorgehen, um auf diese Weise zu erreichen, daß sich die Gemeinde jeder Tätigkeit aus dieser nichtigen Norm enthält. Behauptet die Gemeinde durch das aufsichtliche Vorgehen in ihrem Recht zur Normsetzung unrechtmäßig belastet zu sein, da die von ihr gesetzte Norm rechtsgültig erlassen sei, so kann sie den aufsichtlichen Akt mit der Rechtsbeschwerde des § 113 DGO anfechten. In einen einzelnen Rechtssprechungsakt der Gemeinde kann die Aufsichtsbehörde wegen der richterlichen Unabhängigkeit (vgl. Anm. 98) niemals (weder nach §§ 108—112 DGO noch sonst wie) eingreifen. Dagegen unterliegt die allgemeine Aufsicht über die in die Hand der Gemeinde gelegten Rechtsprechungsbefugnisse, als einem Teil des gemeindlichen Selbstbetätigungsrechtes, der Aufsichtsbehörde, die insoweit beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen gem. §§ 108—112 DGO eingreifen kann, damit allerdings der Gemeinde das Beschwerderecht des § 113 DGO eröffnet.

Dagegen greift die Rechtsbeschwerde des § 113 DGO nicht Platz, soweit die Aufsichtsbehörde nicht als Behörde der Aufsicht, über das gemeindliche Selbstverwaltungs- und Selbstbetätigungsrecht gem. §§ 108—112 DGO, sondern in Auswirkung ihres staatlichen Mitwirkungsrechtes bei gemeindlichen Akten der Verwaltung, Rechtsetzung und Personalauswahl (s. Anm. 69) tätig geworden ist. Hier steht der Gemeinde nur der Rechtsbehelf der (formlosen) Aufsichtsbeschwerde zur Verfügung. S. Schattenfroh, aaO. S. 410, 411 (obwohl Sch. diese staatlichen Mitwirkungsbefugnisse als Teil der Aufsicht im eigentlichen Sinn betrachtet; vgl. aaO. S. 376.) Vgl. (ergänzend) Anm. 133.

118) Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde wird demnach ausschließlich

Die Beschwerde des § 31 DGO ist Rechtsmittel im Verhältnis des Einzelnen zur Gemeinde; die Beschwerde des § 113 DGO Rechtsmittel der Gemeinde im Verhältnis zur Aufsichtsbehörde. Die Beschwerde ist in beiden Fällen befristet; sie ist binnen 2 Wochen seit Zustellung der belastenden Verfügung einzulegen[119]). Da die belastende Verfügung zugestellt sein muß, erhellt, daß die Beschwerdefrist nur durch Zustellung einer schriftlichen beschwerdefähigen Verfügung in Lauf gesetzt wird. Die Beschwerde hat, wenn die belastende Verfügung selbst nichts anderes bestimmt, aufschiebende Wirkung[120]). Es besteht ein Rechtsanspruch auf Beschwerdebescheid[120]). Die Beschwerde geht im Fall des § 31 DGO an die der Gemeinde unmittelbar vorgeordnete Aufsichts-

---

durch § 113 DGO geschützt — soweit förmlicher Rechtsschutz in Frage kommt. Die in den meisten Gemeindeordnungen der Länder vorgesehene verwger. Klage bei Verletzung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechtes durch die Aufsichtsbehörde (vgl. f. Bay. Art. 60 VI Bay. GO 1927; s. Laforet-v. Jan-Schattenfroh, aaO. 1 S. 692) ist damit durch die förmliche Rechtsbeschwerde des § 113 DGO ersetzt. Die Bestimmung des § 113 DGO ist übernommen aus § 11 Pr. Ges. über die Anpassung der Landesverwaltung an die Grundsätze des nat.-soz. Staates v. 15. 12. 1933 (GS S. 479) und des § 67 d. Pr. Gemeindeverwaltungsgesetzes v. gleichen Datum.

Betreffend den Schutz des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechtes, s. Schmitt, Bay. Gemeinde- und Verwaltungszeitung 1935 S. 200; Loschelder, Reich und Länder 1935 S. 90; Derschau v., Der Gemeindetag 1935 S. 173; Knauth, DJZ 1934 Sp. 1123; Maunz, Deutsches Recht 1935 S. 221; Weidemann, Reich und Länder 1935 S. 240 ff (Überaus bedeutsam begrüßt er grundsätzlich die Abschaffung der Verw.-Gerichtsbarkeit im Verhältnis der Gemeinde zum Staat, bedauert aber ebenso entschieden die Beschränkung der Rechtsbeschwerde auf das aufsichtliche Eingreifen nach §§ 108—112 DGO und vor allem die Unmöglichkeit, die oberste Aufsichtsbehörde, den Reichsminister des Innern, wenigstens in grundsätzlich bedeutsamen Fragen im Wege der Rechtsbeschwerde angehen zu können.) Noch weiter geht Goerdeler in einer Besprechung des vorgenannten Aufsatzes von Weidemann, Reich und Länder 1935 S. 295: („Ich gehe weiter: In den Fällen, in denen der Staat nicht nur als Willensträger, sondern auch als Vermögensträger beteiligt ist, scheint mir ein förmliches Verfahren vor einem irgendwie gearteten Verwaltungsgericht aus Gründen objektiver Sauberkeit erforderlich").

Da nach Art. 23 I BayFürsGes. i. d. F. der Anlage z. Bay. AnglVOzDGO v. 1. 4. 1935 (GVBl. S. 180, 197) die Fürsorgeaufgaben Aufgaben des eigenen Wirkungskreises der Gemeinde sind, kann bei einem unberechtigt beschwerenden Eingriff nach §§ 108—112 DGO auch auf diesem Gebiet eine Beschwerde der Gemeinde an die nächsthöhere Aufsichtsbehörde gem. § 113 DGO stattfinden (vgl. Art. 23 II Bay. FürsGes.; für die Zuständigkeit im einzelnen gilt das zu Anm. 114 Gesagte).

Bei Streit zwischen mehreren Gemeinden als Fürsorgeverbänden gilt Art. 25 (mit verwger. Zuständigkeit) und im Verhältnis der Gemeinde als Fürsorgeverband und dem ersatzpflichtigen Fürsorgeberechtigten oder gewissen anderen ersatzpflichtigen Personen gilt Art. 27 FürsGes. mit Bezugnahme auf Art. 25 FürsGes.

119) s. f. Bay. § 73 Bay. AnglVOzDGO v. 1. 4. 1935 (GVBl. S. 180).

120) S. §§ 31 III, 113 II DGO.

121) Dieses Recht auf Bescheid ist verbunden mit einer Verpflichtung der zur Entscheidung berufenen Behörde zu neuer Sach- und Rechtsprüfung.

behörde der Gemeinde [122])[123]). Eine weitere förmliche Beschwerde an die weitere nächsthöhere Aufsichtsbehörde, d. h. die obere und oberste Aufsichtsbehörde findet nicht statt[124]).

Die förmliche Beschwerde ist Rechtsbeschwerde[125]). Es wird mit ihr die Verletzung des Rechtes geltend gemacht. Die zur Entscheidung berufene Aufsichtsbehörde kann über die Beschwerde nur dort nach

---

122) S. § 107 DGO i. V. m. § 33 d. 1. DVOzDGO; vgl. Anm. 114.

123) Auf Einlegung der Beschwerde hin ist die Gemeinde im Fall des § 31 DGO, die Aufsichtsbehörde im Fall des § 113 DGO nicht zur Abänderung ihrer Erstentscheidung befugt. Vielmehr hat die Gemeinde bezw. die untere Aufsichtsbehörde ihre Entscheidung der zur Entscheidung über die Beschwerde zuständigen Aufsichtsbehörde vorzulegen. Die Rechtslage ist demnach ähnlich der bei der Entscheidung, gegen die der verwger. Weg beschritten werden kann (nachdem das Einspruchsverfahren durchlaufen ist). Anders ist es bei sämtlichen nicht-förmlichen Rechtsbehelfen; s. Anm. 131. Vgl. Rottmann H., aaO. S. 51.

124) Vgl. § 33 II, III 1. DVOzDGO. — Mit der Entscheidung der zur Entscheidung über die Beschwerde zuständigen Aufsichtsbehörde tritt demnach formelle Rechtskraft ein. S. Schattenfroh, aaO. S. 112, 412, 413. Es bleibt nur die Möglichkeit der sog. formlosen Aufsichtsbeschwerde. Vgl. Anm. 117, 132 f.

125) S. Schattenfroh, aaO. S. 11, 411. Demnach ist die Entscheidung über die Beschwerde in beiden Fällen ein Akt der Rechtsprechung. „Darin besteht der wesentliche Unterschied gegenüber jeder anderen Tätigkeit der Aufsichtsbehörde, zu der sie kraft Gesetzes berufen ist oder durch eine Aufsichtsbeschwerde veranlaßt wird." Die Regelung, welche die DGO der förmlichen Rechtsbeschwerde gegeben hat, ähnelt in sämtlichen grundsätzlichen Fragen überhaupt der Regelung der verwger. Klage. (Unterschied s. Anm. 127 und Text). Vor allem wird auch künftig die förmliche Rechtsbeschwerde nicht etwa als Popularbeschwerde zulässig sein, sondern sie wird nur einem bestimmten einzelnen Mitglied der Gemeinschaft zustehen, das in ganz bestimmter Hinsicht durch einen belastenden Verwaltungsakt (Staatshoheitsakt; nicht: Akt der Gesetzgebung) in seinen Rechten oder in seinen in öff.-rechtl. Hinsicht unmittelbar sachlichen Interessen verletzt ist. Das Beschwerderecht (die Legitimation zur Beschwerde) ist damit beschränkt auf den rechtlich und sachlich Beteiligten; s. v. Köhler, aaO. S. 248.

In den meisten Fällen hat die Rechtsbeschwerde die Entscheidung über streitige öff.-rechtl. Rechtsansprüche zum Inhalt. Wo das nicht der Fall ist (z. B. in § 31 DGO, weil nach § 22 I S. 2 ein Rechtsanspruch auf die D a u e r der Bestellung zu ehrenamtlicher Tätigkeit ebenso wenig wie auf die B e r u f u n g zu ihr besteht, die D a u e r der Bestellung vielmehr in das pflichtmäßige Ermessen des Bürgermeisters gestellt ist) bildet das eine Ausnahme. Aber auch da hat die Rechtsbeschwerde stets die Aufgabe eine vom Recht genau umrissene, durch Rechtsakt verliehene Rechtsmacht eines bestimmten einzelnen Mitgliedes der Gemeinschaft — wie sie sich z. B. aus der Bestellung zu ehrenamtlicher Tätigkeit ergibt — zu schützen.

Wir bezeichnen die förmliche Beschwerde also nicht deshalb als Rechtsbeschwerde, weil sie eine Entscheidung über öff.-rechtl. Rechtsansprüche bezwecken würde — das würde jede Entwicklungsmöglichkeit dieser Rechtsfigur stören (s. Anm. 100 zur Anfechtungsklage) —, sondern weil sie den rechtlich und sachlich Beteiligten einen Anspruch auf Bescheid gibt, der nach Rechtsgrundsätzen, nur bei vom Gesetz vorgesehener Ausnahme nach Ermessen ergeht; als Rechtsmittel im technischen Sinn bezeichnen wir sie wegen der ihr eigenen Anfallwirkung; s. Otto Mayer, aaO. Bd. 1 S. 125; Anm. 123, 131.

freiem, pflichtgemäßem Verwaltungsermessen entscheiden, wo das Gesetz diese Möglichkeit ausdrücklich vorsieht. Wenn das nicht der Fall ist, hat die Aufsichtsbehörde nicht nach Ermessen, sondern in strenger Bindung an Rechtssätze zu entscheiden[126]). Allerdings entscheidet die Aufsichtsbehörde nicht als unabhängiger Verwaltungsrichter[127]). Es können ihr von der ihr vorgesetzten Behörde allgemeine Weisungen über die Auslegung der anzuwendenden Rechtssätze gegeben werden. Die Weisungen der vorgesetzten Behörde zur Rechtsauslegung können

---

126) S. zur Rechts- und Ermessensfrage Anm. 99.

Auch die §§ 31, 113 DGO räumen der Aufsichtsbehörde keine Befugnisse zu einer Ermessensentscheidung d. h. einer Entscheidung nach freiem Verwaltungsermessen ein. Die Aufsichtsbehörde im Fall des § 31 DGO und die nächsthöhere Aufsichtsbehörde im Fall des § 113 DGO haben zu entscheiden, ob der mit der Beschwerde angefochtene Verwaltungsakt rechtmäßig ergangen ist und Recht und Gesetz nicht verletzt hat. Soweit bei der Setzung des angefochtenen Verwaltungsaktes die den Akt setzende Behörde (Bürgermeister, die Aufsichtsbehörde) nach freiem pflichtgemäßen Verwaltungsermessen handeln durfte und handelte, steht der zur Entscheidung über die Beschwerde angerufenen Behörde die Nachprüfung des Verwaltungsermessens nur insoweit zu, als es sich darum handelt, ob die den Akt setzende Behörde die Grenzen des Verwaltungsermessens nicht überschritten oder das Verwaltungsermessen mißbraucht hat (Überprüfung des Ermessensmißbrauches und der Ermessensüberschreitung). Diese Prüfung aber hat nach den Grundsätzen des richterlichen Ermessens zu erfolgen, also nach Rechtsgrundsätzen. Für die Rechtsbeschwerde des § 113 DGO bemerkt Schattenfroh richtig, daß die Entscheidung der nächsthöheren Aufsichtsbehörde über die Einhaltung des Gebotes des Einklanges der Gemeindeverwaltung mit den Gesetzen und Zielen der Staatsführung durch die Gemeinde eine Rechtsvorschrift d. h. nach verwaltungsrichterlichem Ermessen zu beurteilen ist. (Das besagt wenigstens der Satz aaO. S. 411: „Das G e b o t des Einklanges der Gemeindeverwaltung mit den Zielen der Staatsführung ist eine Rechtsvorschrift"; nicht so klar zu § 31 aaO. S. 112). Würde man zu einer anderen Auffassung neigen d. h. wollte man der Aufsichtsbehörde die unbeschränkte Nachprüfung des bei der Setzung des angefochtenen Aktes angewendeten Verwaltungsermessens anheim geben, so würde z. B. im Fall des § 22 (auf den sich § 31 DGO bezieht) DGO das dem Bürgermeister in Satz 2 des ersten Absatzes eingeräumte Recht der jederzeitigen Zurücknahme von der Bestellung zu ehrenamtlicher Tätigkeit für den Bürgermeister völlig inhaltlos werden, da die Entscheidung im Grunde dann nie von seiner pflichtgemäßen Beurteilung, sondern von der freien pflichtgemäßen Beurteilung der Aufsichtsbehörde abhängen würde. Weil der Bürgermeister bei der Zurücknahme nach § 22 I S. 2 DGO als Organ der Gemeinde in Ausübung der der Gemeinde durch das Gesetz eingeräumten Selbstverwaltungsbefugnisse handelt, würde sich durch eine solche Auslegung des Gesetzes gleichzeitig eine vom Gesetz nicht gewollte und vor allem nach den §§ 106—112 DGO nicht erzwingbare Beschränkung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechtes ergeben. Für die Rechtsbeschwerde des § 113 DGO kann diese Folgerung auch aus dem Umstand gezogen werden, daß bereits die Aufsichtsmacht der Aufsichtsbehörde beschränkt ist, da § 59 Pr. Gemeindeverfassungsges., der die Überprüfung der Wirtschaftlichkeit, Sauberkeit und Sparsamkeit der Gemeindeverwaltung ermöglichte, in die DGO nicht übernommen wurde (s. Weidemann Jahrbuch der Akademie für d. Recht 1935 S. 103).

127) Der durch die Aufsichtsbehörde ergehenden Entscheidung wird damit aber das rechtsprechende Gepräge nicht genommen. S. Schattenfroh aaO. S. 411.

durch einen bestimmten Einzelfall, der zur Entscheidung steht, veranlaßt sein.

Diese von der Gemeindeordnung zur förmlichen Rechtsbeschwerde getroffene Regelung baut sich in allen Teilen auf der Regelung auf, welche die gleiche Rechtsfigur nach Rechtsprechung, Rechtslehre und Gesetzgebung im überkommenen deutschen Verwaltungsrecht hatte[128]). Grundsätzlich wird sich an dieser Regelung auch in Zukunft nichts ändern[129]) [129a]).

128) Vgl. Otto Mayer aaO. Bd. 1, S. 125 ff; Piloty-Schneider aaO. S. 43, 44; Fleiner aaO. S. 230 ff.

129) Weitere Fälle der Rechtsbeschwerde im Verhältnis des einzelnen zur Gemeinde:

S. f. Bay.: Für Streitigkeiten über den Aufwand für die von der Gemeinde bestellten Hirten-Art. 13 Bay. GAG- und über die von der Gemeinde angeordneten Gemeindedienste (Hand- und Spanndienste des Art. 14 Bay. GAG). Diese Beschwerdeentscheidungen haben es mit der Entscheidung strittiger öff.-rechtl. Rechtsansprüche zu tun; sowohl die Regelung des Aufwandes für die von der Gemeinde bestellten Hirten als auch die Verteilung und Anrechnung der gemeindlichen Hand- und Spanndienste auf die einzelnen Gemeindeangehörigen kann rechtsgültig nur in einer Satzung getroffen werden (§§ 3, 55 Abs. 1 Nr. 4 DGO sowie § 4 d. 1. DVOzDGO v. 22. 3. 1935 — RGBl. I S. 393); aus der Satzung ergeben sich Ansprüche und Verbindlichkeiten. Die Aufsichtsbehörde ist bei ihrer Entscheidung (Art. 13 III, 14 VII, Bay. GAG) an die Rechtssätze der Satzung gebunden und muß bei der Entscheidung über das konkrete strittige Einzelverhältnis das gültige Satzungsrecht berücksichtigen. Nach Ermessen darf sie nur insoweit entscheiden, als die Satzung ihr diese Befugnis ausdrücklich einräumt. Andernfalls darf sie das der Gemeinde in der Satzung in irgend einer Hinsicht vorbehaltene Ermessen nur nach den Grundsätzen des richterlichen Ermessens auf Ermessensmißbrauch und Ermessensüberschreitung nachprüfen. Da es sich um Rechtsbeschwerde handelt, müssen die Grundsätze, wie sie im Anschluß an § 31 und § 113 DGO über Form, Frist und Anspruch auf Bescheid entwickelt wurden, sinngemäß Anwendung finden.

Einen besonderen Fall der Rechtsbeschwerde im Verhältnis des einzelnen zur Gemeinde sieht für Bayern § 6 d. Bay. AnglVOzDGO v. 1. 4. 1935 (GVBl. S. 180) vor.

Nach Ziff. III d. VollzVorschriften z. Art. 15 Bay. GAG v. 18. 4. 1935 (GVBl. S. 411; bis 31. 3. 1938 gem. § 4 AÜVzRstGes. v. 4. 2. 1937 — GVBl. S. 13 — aufrechterhalten) ist zu gemeindlichen Umlagen in jedem Fall der Überschreitung der Zahlungsfrist grundsätzlich der Säumniszuschlag nach dem Steuersäumnisgesetz v. 24. 12. 1934 (RGBl. I S. 1271) zu erheben. Die gegen die Anforderungen des Säumniszuschlages zulässige Beschwerde (Ziff. III Buchst. f. aaO i. V. m. § 6 d. Steuersäumnisges. — in Anlehnung an § 237, §§ 303 ff RAO —) ist Rechtsbeschwerde. Sie wird nach entwickelten Grundsätzen von der Aufsichtsbehörde endgültig entschieden.

Für das Bay. Fürsorgerecht verweisen wir auf Art. 24 Bay. FürsGes. in d. F. der Anlage zur Bay. AnglVOzDGO v. 11. 4. 1935 (GVBl. S. 180), der einen weiteren Fall der Rechtsbeschwerde im Verhältnis des einzelnen zur Gemeinde als Fürsorgeverband enthält. Streitgegenstand ist hier nicht ein öff.-rechtl. Rechtsanspruch, sondern ein Reflexrecht. Aber: Anspruch auf Beschwerdebescheid, Entscheidung nach Rechtsgrundsätzen. Einen Fall der Rechtsbeschwerde als Rechtsmittel der Gemeinde im Verhältnis zur Aufsichtsbehörde enthält § 12 DGO. Nach Abs. I S. 2 aaO. entscheidet bei Grenzstreitigkeiten die Aufsichtsbehörde. Auch hier handelt es sich um eine Rechtsentscheidung. Die Aufsichtsbehörde kann nicht nach Ermessen entscheiden; sie muß vielmehr die tatsächlichen und

3. Schutz durch sonstige verwaltungseigene Rechtsbehelfe.

Verwaltungsgerichtliche Klage und förmliche Rechtsbeschwerde sind die echten Rechtsmittel des Verwaltungsrechtes. Sie stellen für den einzelnen — sei er natürliche oder juristische Person des privaten oder des öffentlichen Rechtes — im einzelnen Fall die wirksamsten Rechtsschutzmittel dar, weil sie einen Anspruch auf Entscheidung geben.

---

rechtlichen Grundlagen ihrer Entscheidung gewissenhaft nachprüfen und nach Rechts-, nicht nach Ermessensgrundsätzen entscheiden. Daß die Aufsichtsbehörde bei ihrer Entscheidung an Anträge der Beteiligten nicht gebunden ist (Ziff. 1 Buchst. b aa der Ausführung Anw. z. §1 2) nimmt der Beschwerde an die Aufsichtsbehörde nicht den Charakter der Rechtsbeschwerde und eines echten Rechtsmittels. Das von der Aufsichtsbehörde zu beachtende Verfahren ist durch die Ziff. 1, 2 der AusführungsAnw. z. § 12 DGO eingehend geregelt; es ist streng förmlich; die Entscheidung der Aufsichtsbehörde ist den beteiligten Gemeinden zuzustellen. Zuständigkeit s. § 34 d. 1. DVOzDGO.

Nach ihrem Inhalt beurteilt ist die Rechtsbeschwerde des § 113 DGO und nach § 31 DGO (ebenso die Rechtsbeschwerde des § 6 II Bay. Angl. VOzDGO, als Anfechtungsbeschwerde: (sie deckt sich nach Inhalt und Zweck mit einer Anfechtungsklage), die Rechtsbeschwerde des Art. 13, 14 Bay. GAG, der Ziff. III Buchst. f der VollzVorschriften zu Art. 15 Bay. GAG v. 18. 4. 1935 als Leistungsbeschwerde: (sie deckt sich nach Inhalt und Zweck mit einer Leistungsklage), die Rechtsbeschwerde des § 12 I S. 2 DGO als Feststellungsbeschwerde: (sie deckt sich nach Inhalt und Zweck mit einer Feststellungsklage) zu bezeichnen.

129a) Wenn für die förmliche Beschwerde vielfach der Ausdruck „Verwaltungsbeschwerde" Verwendung gefunden hat (vgl. z. B. Laforet-v. Jan-Schattenfroh aaO. Bd. 1 S. 449; v. Köhler, aaO. S. 253), u. damit die förmliche Beschwerde gemeint ist, bei der die Entscheidung grundsätzlich nach Rechts- und nicht nach Ermessensgrundsätzen erfolgt, die deshalb nach den hier entwickelten Grundsätzen als Rechtsbeschwerde bezeichnet werden muß, so aus dem mehr formalen Gesichtspunkt, daß über die Beschwerde nicht ein unabhängiges Verwaltungsgericht, sondern die nicht richterlich unabhängige Verwaltungsbehörde entscheidet. Es erscheint richtiger den Ausdruck „Verwaltungsbeschwerde" nur für die förmliche Beschwerde zu verwenden, die sich mit der Rechtsbeschwerde zwar darin deckt, daß sie Anfallwirkung besitzt und einen Anspruch auf Bescheid gibt, die sich aber von der Rechtsbeschwerde darin wesentlich unterscheidet, daß bei ihr die zur Entscheidung zuständige Behörde ausschließlich nach Ermessensgrundsätzen entscheidet. Die Fälle dieser Art der Beschwerde sind selten. Diese Beschwerde läuft sonach darauf hinaus, eine Ermessensentscheidung durch Einlegung des Rechtsmittels von der Unterbehörde an die höhere Behörde zu verschieben, wobei ein Anspruch auf diese Ermessensentscheidung der höheren Behörde besteht. Wann diese Art der Beschwerde vorliegt, muß die Auslegung ergeben. Für eine solche Verwaltungsbeschwerde halten wir z. B. die in Art. 1 Abs. IV GAG i. V. m. Ziff. 1 d. Bek. z. GAG v. 4. 2. 1937 (GVBl. S 24) vorgesehene Beschwerde.

Von der sog. formlosen Aufsichtsbeschwerde u. der sog. Dienstaufsichtsbeschwerde unterscheidet sich diese Verwaltungsbeschwerde dadurch, daß bei ihr ein Anspruch auf Beschwerdebescheid besteht.

Anders: Laforet, aaO. S. 255, 256, der als unterscheidendes Merkmal der Verwaltungsbeschwerde von der Rechtsbeschwerde den Umstand ansieht, daß bei letzterer stets über Rechtsansprüche oder über ein Rechtsverhältnis entschieden wird, in dem sich Hoheitsträger und Glied der Gemeinschaft im Verhältnis des Berechtigten und Verpflichteten gegenüberstehen.

Neben sie treten eine Reihe weiterer Rechtsschutzmittel, die nicht echte Rechtsmittel im prozessualen Sinn sind; am besten werden sie als Rechtsbehelfe bezeichnet[130]). Sie verbieten der Unterbehörde, gegen deren Verfügung sich der Einzelne mit ihnen richtet, nicht, die Erstverfügung abzuändern. Sie bringen die Sache nicht kraft Gesetzes vor die angegangene höhere Behörde[131]). Die neue Gemeindegesetzgebung hat daran nichts geändert; sie hat nichts grundsätzlich Neues gebracht.

Die sog. formlose Beschwerde wird unter diesen sonstigen Rechtsbehelfen am meisten erörtert. Sie ist lediglich formlose Anrufung der vorgeordneten Behörde; sie ist an keine Form und Frist gebunden; gibt dem, der sie einlegt, keinerlei Recht auf Bescheid; verpflichtet ihn zu nichts. Am klarsten wird diese Beschwerde als Anrufung der Überordnungsgewalt bezeichnet; üblicherweise heißt sie Aufsichtsbeschwerde. Überall dort, wo die Rechtsmittel der verwaltungsgerichtlichen Klage und der förmlichen Rechtsbeschwerde versagt sind, steht der Weg der formlosen Aufsichtsbeschwerde offen. Nur durch diesen allgemeinen Satz läßt sich das Anwendungsgebiet der formlosen Aufsichtsbeschwerde negativ umschreiben; eine Einzelaufzählung ist mit gutem Erfolg nicht möglich[132]). So auch im neuen Gemeinderecht.

Wenn die neue Gemeindegesetzgebung den Anwendungsbereich der förmlichen Rechtsmittel in mancher Hinsicht eingeengt hat, so hat sie insoweit notwendiger Weise der formlosen Aufsichtsbeschwerde erhöhte Bedeutung verschafft[133]). Dabei ist allerdings gemäß der grund-

130) In Gegenüberstellung zur verwger. Klage und zur förmlichen Rechtsbeschwerde — den echten Rechtsmitteln — bezeichnen wir sie als sonstige Rechtsbehelfe. Rechtsbehelfe und Rechtsmittel zusammen haben den gemeinsamen Oberbegriff: Rechtsschutzmittel. Manchmal wird den sonstigen Rechtsbehelfen der Charakter echter Rechtsschutzmittel abgesprochen — vgl. die in Anm. 132 angegebene Lit. aaO.

131) Es fehlt ihnen demnach insb. die sog. Anfallwirkung (Ausdruck s. b. Baumbach, ZPO, Kurzkommentar, 11. Aufl. 1936 S. 650) — Devolutiveffekt. Darüber hinaus fehlt ihnen jede Hemmungswirkung (Ausdruck s. b. Baumbach aaO. S. 649) — Suspensiveffekt; s. für die echten Rechtsmittel §§ 30 Abs. II, 31 III, 113 II DGO.

132) Zur Rechtslehre über die formlose Aufsichtsbeschwerde, die Dienstaufsichtsbeschwerde, die (formlose) Gegenvorstellung und den (förmlichen) Einspruch vgl. Otto Mayer, aaO. Bd. 1 S. 123, 124 129; Herrnritt, aaO. S. 246 ff; Fleiner aaO. S. 228 ff; Bühler aaO. (1) S. 158, 159; v. Köhler, aaO. S. 246 ff; Schelcher, ReichVBl. 1935 S. 212; Schattenfroh aaO. S. 410. Die dritte NVO v. 6. 10. 1931 (RGBl. I S. 561) nennt die Anfsichtsbeschwerde (Anrufung der Überordnungsgewalt) Beschwerde im Dienstaufsichtsweg.

133) Hinzuweisen ist insbesondere auch auf die §§ 9—11, 15 DGO und die dort dem Reichsstatthalter eingeräumten Befugnisse. § 117 DGO i. V. m. 36 d. 1. DVOzDGO regeln die Zuständigkeiten näher. (§ 9: Verleihung und Änderung von Gemeindebezeichnungen; § 10: Änderung von Gemeindenamen und neue Namengebung; § 11: Änderung von Gemeindewappen und Flaggen und Verleihung des Rechtes zur Wappen- und Flaggenführung; § 15: Änderung der Gemeindegrenzen; für die Auseinandersetzung bei Änderung von Gemeindegrenzen besteht die ausschließliche Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde, § 15 II DGO, s. Ausführungsanweisung zu § 15 Ziff. 5).

sätzlichen Zweiteilung der gemeindlichen Aufgaben zu beachten[134]): soweit ein innerhalb des eigenen Wirkungskreises der Gemeinde gesetzter Akt zum Gegenstand einer Aufsichtsbeschwerde gemacht werden soll, ist die Aufsichtsbeschwerde bei der Aufsichtsbehörde unmittelbar einzulegen, die beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen nach § 108—112 DGO einschreiten kann.

Sowohl zur Erzwingung der Zurücknahme eines Bürgermeisters, Beigeordneten, Gemeinderates, wie auch gegen deren Zurücknahme findet kein echtes Rechtsmittel statt. Es bleiben nur Aufsichtsbeschwerde und Dienstaufsichtsbeschwerde (Disziplinarbeschwerde). S. Schattenfroh aaO. S. 4, 108.

Insbesondere auf dem weiten Gebiet der Genehmigung wirtschaftlicher Akte der Gemeinde (Abveräußerung, Schuldaufnahme) durch die Aufsichtsbehörde als einem zur staatlichen Schutzgewalt zählenden Mitwirkungsgebiet der Aufsichtsbehörde stehen der Gemeinde nur die formlosen Rechtsbehelfe zur Verfügung; vgl. §§ 62, 75, 76, 78, 79, 86, I Ziff. 2; wo allerdings nach gesetzlicher Vorschrift keine aufsichtliche Genehmigung erforderlich ist oder die aufsichtliche Genehmigung erteilt werden muß, fallen diese Akte in das gemeindliche Selbstverwaltungs- bezw. Selbstbetätigungsrecht und die Gemeinde hat gegen Unbefugte Einmischung der Aufsichtsbehörde oder gegen unrechtmäßige Verweigerung der Genehmigung die Rechtsbeschwerde des § 113 DGO, weil sie insoweit in ihrem gesetzlichen Selbstverwaltungsrecht verletzt ist (s. §§ 23, 24, 25 — sämtl. für Veräußerungsgeschäfte bedeutsam —, 26, 27, 32 d. 1. DVOzDGO; § 86 I Ziff. 1 DGO: danach ist die Aufsichtsbehörde an die reichs- und landesgesetzlichen Abgabengesetze gebunden, die bestimmen, ob eine Genehmigung überhaupt notwendig ist und unter welchen Voraussetzungen sie zulässig ist oder verteilt werden muß). Da wo die Gemeinde ohne die erforderliche aufsichtliche Genehmigung handelt, überschreitet sie die Grenzen ihres Selbstverwaltungsrechtes und die Aufsichtsbehörde kann gegen sie nach § 106 ff DGO einschreiten. Vgl. Anm. 117.

Aus dem bay. Gemeindeabgabenrecht vgl. Art. 5 GAG v. 8. 4. 1935 — in Kraft bis 31. 3. 1938: § 4 AÜVzRstGes. v. 4. 2. 1937 (GVBl. S. 13) (gilt allerdings nur für Bezirke; die Aufsichtsbehörde d. i. nach Art. 32 der Bezirksordnung die Regierung, kann die Genehmigung nach freiem Ermessen erteilen oder versagen; kein Rechtsmittel, nur die formlosen Rechtsbehelfe), Art. 30 II GAG v. 8. 4. 1935 — in Kraft bis 31. 3. 1938: § 4 AÜVzRstGes. v. 4. 2. 1937 (GVBl. S. 13) (Grundwertabgabe; will die Gemeinde von der mit bindender Kraft ausgestatteten Mustersatzung — Ziff. 11 Abs. II der VollzBekzGAG v. 18. 4. 1935 (GVBl. S. 411) — insoweit abweichen, als das die Mustersatzung zuläßt, so ist dazu die Genehmigung der Regierung erforderlich. Gegen deren Versagung gibt es kein echtes Rechtsmittel. (Freies Mitwirkungsrecht der Aufsichtsbehörde; s. Anm. 117).

Formlose Aufsichtsbeschwerde allein steht dem Einzelnen zur Verfügung um die Erfüllung der sich für die Gemeinde aus § 2 II DGO ergebenden Verpflichtungen zu erreichen.

134) Die Aufgaben der Gemeinde zerfallen in solche des übertragenen Wirkungskreises und in solche des eigenen Wirkungskreises; erstere: § 2 III DGO, letztere: § 2 II DGO, Selbstverwaltungsangelegenheiten. Die Aufgaben des eigenen Wirkungskreises zerfallen in Pflichtaufgaben und freiwillige Aufgaben. Die Bestimmung der Pflichtaufgaben der Gemeinde sieht die Bay. 2. VollzBekz DGO d. MdJ v. 23. 5. 1935 — GVBl. S. 446 — LH 40 S. 405 (die Vollzugsbekanntmachung ist allerdings nicht Rechts-, sondern nur Verwaltungsverordnung) in § 2 II DGO: anders Schattenfroh aaO. S. 23 (§ 2 I DGO). § 2 IV DGO bestimmt: „Neue Pflichten können den Gemeinden nur durch Gesetz auferlegt

Handelt es sich dagegen um die Aufgaben, welche die Gemeinde im übertragenen Wirkungskreis als Staatsaufgaben erfüllt, so geht die Aufsichtsbeschwerde gegen den von der Gemeinde als unterster Behörde gesetzten Akt an die im jeweiligen Behördenaufbau nächsthöhere (Fach-)Behörde[135]). Die Fachaufsichtsbehörden können aber nur dann unmittelbar eingreifen, wenn ihnen diese Befugnis in besonderer Weise gesetzlich verliehen ist[136]). Eingriffe in die Gemeindeverwaltung nach §§ 108—112 DGO sind ihnen grundsätzlich verboten. Sie müssen sich an die Aufsichtsbehörde der Gemeinde wenden, welche die Gemeinde erforderlichenfalls mit den ihr eingeräumten aufsichtlichen Mitteln zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten (Erfüllung der Aufgabe des übertragenen Wirkungskreises) anhält. Für die Aufsichtsbeschwerde der Gemeinde im Verhältnis zur Aufsichtsbehörde bezw. Fachaufsichtsbehörde gilt nichts besonderes. Die angegangene höhere Behörde kann auf die Aufsichtsbeschwerde der Gemeinde hin die Unterbehörde im Rahmen der Gesetze zur Abänderung ihres Erstaktes anweisen[137]).

Häufig sind Fachaufsichtsbehörde und Aufsichtsbehörde im Sinn der DGO in einer Hand vereinigt. Aber auch dann fallen die beiden Behörden rechtlich auseinander.

In den Fällen der Zuständigkeit des Reichsstatthalters[138]), der weder Fachaufsichts-, noch Aufsichtsbehörde im Sinn der DGO ist, geht die Aufsichtsbeschwerde unmittelbar an den Reichsminister des Innern[139]).

Inhaltlich will zunächst mit der Aufsichtsbeschwerde nicht die Verletzung öffentlich-rechtlicher Rechtsansprüche, sondern die Verletzung insbesondere des objektiven Rechtes geltend gemacht und die Nachprüfung des freien Verwaltungsermessens angestrebt werden.

Vorstufe der formlosen Beschwerde kann nach dem Willen des Einzelnen die formlose Gegenvorstellung werden. Mit ihr wendet sich der Einzelne, der sich durch eine Verfügung beschwert glaubt,

---

werden." Dieser Satz bezieht sich auf die eigenen Aufgaben und die Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises. Um bei dieser Lage der ges. Bestimmungen (insb. im Hinblick auf § 2 II DGO) zu einem befriedigenden Ergebnis zu kommen, muß man den 1. 4. 1935 (§ 123 DGO) als Stichtag annehmen. Öffentliche Bedürfnisse, die schon vor dem 1. 4. 35 bestanden haben, müssen von der Gemeinde erfüllt werden. Nachher entstandene Bedürfnisse sind nur dann Pflichtaufgaben wenn ein Reichsgesetz es so bestimmt. S. auch Schattenfroh, aaO. S. 28: (Erweiterung des Pflichtenkreises der Gemeinde, nicht nur des staatlichen Aufgabenkreises, nur durch Gesetz) A. M. v. Köhler, aaO. S. 128.

135) Diese Beschwerde kann Fachaufsichtsbeschwerde genannt werden. Wird irreführend manchmal Dienstaufsichtsbeschwerde genannt.

136) S. § 114 DGO, Schattenfroh aaO. S. 415 f, 375.

137) Im Verhältnis der Gemeinde zur vorgeordneten Fachbehörde stehen der Gemeinde lediglich die formlosen Rechtsbehelfe zur Verfügung.

138) S. §§ 9—11, 15 DGO. vgl. Anm. 133 (soweit nach § 117 DGO, § 36 d. 1. DOVzDGO die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde gegeben ist, gilt das für die Aufsichtsbeschwerde innerhalb des Baues der Aufsichtsbehörde Gesagte).

139) S. § 3 d. Reichsstatthaltergesetzes vom 30. 1. 1935, RGBl. I S. 65.

an die Behörde, die den beschwerenden Akt erlassen hat. Rechtsinhalt der formlosen Gegenvorstellung ist die Bitte um abändernde günstigere Verfügung. Im Gegensatz dazu richtet sich die (formlose) Aufsichtsbeschwerde an die der Erstbehörde übergeordnete Behörde. Auch die formlose Gegenvorstellung bei der Erstbehörde gibt kein Recht auf Bescheid. Ihr Anwendungsgebiet ist sachlich genau soweit gesteckt wie das der formlosen Aufsichtsbeschwerde; auch im Bereich des neuen Gemeinderechtes.

Auch der durch die neue Gemeindegesetzgebung zu besonderer Bedeutung erhobenen Rechtsfigur des Einspruchs vermögen wir nicht die Bedeutung eines besonderen selbständigen Rechtsmittels beizumessen. Der Einspruch gibt zwar, form- und fristgerecht eingelegt, — sachlich übereinstimmend mit den echten Rechtsmitteln der verwaltungsgerichtlichen Klage und der förmlichen Rechtsbeschwerde — ein Recht auf Bescheid. Er zwingt die Erstbehörde — den Bürgermeister — zur erneuten Sachprüfung. Aber gerade darin unterscheidet er sich von den echten Rechtsmitteln im technischen Sinn: Er bringt die Sache nicht kraft Gesetzes von vornherein vor die höhere Behörde. Deshalb ist der Einspruch lediglich als sonstiger Rechtsbehelf zu bezeichnen. Durch seine Form- und Fristgebundenheit, die dem Bürgermeister erneut erwachsende Prüfungsverpflichtung und den in ihm liegenden Anspruch auf Rechtsbescheid stellt er allerdings ein sehr bedeutsames und wirksames Rechtsschutzmittel dar. Daß der Einspruch, wenn ihm nicht im Sinne des sich beschwert fühlenden Einzelnen stattgegeben wird, die Möglichkeit verwaltungsgerichtlicher Klage eröffnet, kann ihn selbst nicht zum echten Rechtsmittel machen. Er ist lediglich die in Form und Frist gegossene Gegenvorstellung, die einen Anspruch auf Rechtsbescheid durch die Erstbehörde, den Bürgermeister, gibt; der Bürgermeister handelt bei seiner Entscheidung nicht nach freiem, lediglich durch die allgemeine Amtspflicht gebundenem Ermessen, sondern in Bindung an die Gesetze und (Rechts-)Satzungen; seine Entscheidung ist deshalb ein Rechtsprechungsakt in weiterem Sinn[140]).

Die echten Rechtsmittel der verwaltungsgerichtlichen Klage und der förmlichen Rechtsbeschwerde befassen sich mit dem Verwaltungsakt

140) Otto Mayer, aaO. Bd. 1, S. 130 bezeichnet den Einspruchsbescheid als gewöhnlichen Verwaltungsakt, dem der besondere Anlaß seines Zustandekommens keine besondere rechtliche Eigenschaft verleihe. S. a. PrOVG v. 13. 6. 1902 Bd 42 S. 110.

Wollte man den Einspruch als reinen, in besonderer Form ergangenen Verwaltungsakt und nicht als Rechtsprechungsakt im weiteren Sinn auffassen (vgl. Anm 27), so würden sämtliche nach §§ 30, 29 DGO und sonstwo auf Einspruch hin zulässigen Klagen zum Verwaltungsgericht als Anfechtungsklage zu bezeichnen sein, denn sie würden alle den negativen Einspruchsbescheid anfechten. Ein rein formales Ergebnis. Demgegenüber kann es nicht zweifelhaft sein, daß Gegenstand der verwger. Klage der ursprüngliche Verwaltungsakt seinem materiellen Inhalt nach ist und daß der negative Einspruchsbescheid zwischen diesem ursprünglichen Verwaltungsakt und der verwger. Klage einen

einer Erstbehörde an sich, d. h. mit der unpersönlichen Tätigkeit der Behörde: sie haben ein unpersönliches Faktum zum Gegenstand: den Verwaltungsakt. Nichts anderes gilt von den Rechtsbehelfen der Aufsichtsbeschwerde, der formlosen Gegenvorstellung und des förmlichen Einspruches. Aber das durch den Verwaltungsakt sich beschwert fühlende Mitglied der Gemeinschaft kann statt gegen den unpersönlichen Akt auch gegen die den Akt setzende Person ankämpfen. Es kann geltend gemacht werden, daß die den Akt setzende Person bei Setzung des Aktes ihre Dienstpflichten verletzt habe — gleichviel ob aus Gründen, für die sie einzustehen hat oder für die sie nicht unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens haftet. Das sich beschwert fühlende Mitglied der Gemeinschaft wird diese Erwägungen bei der Behörde vorbringen, die der Person, durch deren Tätigkeit es sich unrechtmäßiger Weise beschwert glaubt, als Dienstaufsichtsbehörde vorgeordnet ist, d. h. über sie die Dienstaufsicht führt[141]). Nur dieser Art der Beschwerde über die den einzelnen Akt setzende Person sollte die Bezeichnung Dienstaufsichtsbeschwerde vorbehalten bleiben.

Für das neue Gemeinderecht gilt sachlich nichts Besonderes. Fühlt sich der Einzelne durch die Tätigkeit des Bürgermeisters unrechtmäßigerweise belastet, so kann er die Dienstaufsichtsbehörde des Bürgermeisters anrufen. Er kann die Dienstaufsichtsbehörde des Bürgermeisters in Bewegung setzen, damit der Bürgermeister zurechtgewiesen werde. Er kann auch die Abberufung des Bürgermeisters anregen[142]).

An den Bürgermeister selbst kann sich der Gemeindeangehörige mit einer Dienstaufsichtsbeschwerde über Beamte, Angestellte und Arbeiter der Gemeinde wenden, da der Bürgermeister deren Dienstvorgesetzter ist[143]). Wer Dienstaufsichtsbehörde des Bürgermeisters ist, bestimmt sich heute noch nach Landesrecht[144]).

An Frist und Form ist die Dienstaufsichtsbeschwerde nicht gebunden. Sie verleiht keinen Anspruch auf Bescheid[145]). Zu beachten ist, daß es für die Dienstaufsichtsbeschwerde keinen Unterschied macht, ob sie sich gegen den Bürgermeister wegen Verletzung seiner Dienst-

---

Zwischenakt darstellt, der als Rechtsprechungsakt im weiteren Sinn den Erstakt nicht neu setzt, sondern seinen Entstehungsgrund in praktischen Gründen zur Vereinfachung und vor allem zahlenmäßigen Verringerung der verwger. Prozesse hat. Vgl. Drews, Recht und Staat 1929 II 32, 33.

141) Treffend ließe sich diese Beschwerde auch Disziplinarbeschwerde nennen.

142) Beschränkungen aus § 45 DGO (§§ 17—19 1. DVOzDGO).

143) s. § 37 DGO; f. Bayern s. §§ 49, 52, 53 Bay. AnglVOzDGO v. 1. 4. 1935 (GVBl. S. 180); für unwiderrufliche Gemeindebeamte und hauptamtliche Beigeordnete s. aber § 56 aaO.

144) s. Schattenfroh, aaO. S. 408. Für Bayern s. § 57 Bay. AnglVOzDGO i. V. m. § 56 aaO., Art. 118—163 Bay. BeamtenGes. Vgl. dazu §§ 151, 152 DBG v. 26. 1. 1937 — RGBl. I S. 39.

145) Grundsätzlich nichts anderes gilt, wenn sich die Gemeinde selbst mit der Dienstaufsichtsbeschwerde über den Beamten der ihr unmittelbar vorgeordneten Aufsichtsbehörde beschwert.

pflicht richtet, die bei Vollziehung von eigenen oder übertragenen Aufgaben der Gemeinde zutage getreten ist. Daß ein solcher Unterschied bei einer an den Bürgermeister gerichteten Dienstaufsichtsbeschwerde über Beamte, Angestellte und Arbeiter der Gemeinde keine Rolle spielt, bedarf keiner Erwähnung[146]).

Der Beauftragte der Partei kann weder im Wege einer Aufsichtsbeschwerde noch einer Dienstaufsichtsbeschwerde angegangen werden, da er weder Aufsichts-, noch Fachaufsichtsbehörde der Gemeinde noch Dienstaufsichtsbehörde des Bürgermeisters oder der sonstigen Beamten, Angestellten oder Arbeiter der Gemeinde ist[147]).

Der Einspruch setzt, um zulässig zu sein, eine Verletzung öffentlichrechtlicher Rechtsansprüche oder Rechte oder eines solchen öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses voraus, das den zum Rechtsbehelf des Einspruches greifenden Gemeindeangehörigen rechtlich und sachlich unmittelbar angeht. Anders verhält es sich mit der formlosen Aufsichtsbeschwerde, der formlosen Gegenvorstellung und der Dienstaufsichtsbeschwerde. Durch formlose Aufsichtsbeschwerde und Gegenvorstellung kann auch der sachlich nicht unmittelbar betroffene Gemeindeangehörige Aufhebung oder Abänderung eines unrechtmäßigen Verwaltungsaktes anstreben, insbesondere zugunsten eines Dritten; durch Dienstaufsichtsbeschwerde kann im allgemeinen öffentlichen Interesse oder auch zugunsten eines bestimmten Dritten gegen den Bürgermeister, Gemeindebeamte, -Angestellte oder -Arbeiter, den Beamten der Aufsichtsbehörde und der Fachaufsichtsbehörde vorgegangen werden. Dem einzelnen Gemeindeangehörigen ist auch die Befugnis zuzusprechen, bei der nächsthöheren Aufsichtsbehörde durch formlose Aufsichtsbeschwerde oder bei der Dienstaufsichtsbehörde durch Dienstaufsichtsbeschwerde im Interesse der Gemeinde selbst vorstellig zu werden; nichts anderes gilt für eine formlose Gegenvorstellung des einzelnen bei der Aufsichtsbehörde im Interesse der Gemeinde. Wenn diese Fälle in der Verwaltungspraxis auch keine sehr große Rolle spielen, so besteht dennoch keinerlei Veranlassung, irgend welche Beschränkungen der Befugnis (Legitimation) zur Beschwerde künstlich zu schaffen, etwa zu erklären, die Interessen der Gemeinde im Verhältnis zur Aufsichtsbehörde des Staates seien ausschließlich von dem nach dem Gesetz berufenen Organ, dem Bürgermeister, wahrzunehmen[148]). Beschränkun-

146) Die Dienstaufsichtsbeschwerde der Gemeinde gegen den Beamten der Aufsichtsbehörde und den Beamten der ihn als Fachbehörde vorgeordneten Fachaufsichtsbehörde ist bei der jeweiligen Dienstaufsichtsbehörde des Beamten einzulegen.

147) Die Stellung des Beauftragten der Partei ergibt sich aus § 33 DGO i. V. m. §§ 6 II S. 2, § 41, 45, 50, 54, 117, 118 DGO. Vgl. VO zur Ausführung des § 118 DGO v. 26. 3. 1935 (RGBl. I S. 470).

148) a. M. v. Köhler, aaO. S. 253. (Läßt diese Unbeschränktheit der Befugnis — Legitimation — zum formlosen Rechtsbehelf nur für die Dienstaufsichtsbeschwerde gelten. Aber die scheinbar gegebene Gefahr einer Ausweitung der

gen werden sich jeweils nur aus den tatsächlichen Verhältnissen ergeben[149]). Da diese formlosen Rechtsbehelfe sämtlich — sollen sie Aussicht auf Erfolg und Wirksamkeit versprechen — einen mehrstufigen Behördenaufbau voraussetzen, besteht in mancher Hinsicht eine Berechtigung von einem Schutz der objektiven Ordnung des Verwaltungsrechtes durch Behördenaufbau zu sprechen[150]).

In jedem Fall bleibt es dem Einzelnen wie der Gemeinde unbenommen, neben dem etwa zur Verfügung stehenden Rechtsmittel sonstige mögliche Rechtsbehelfe oder von verschiedenen sonstigen Rechtsbehelfen mehrere gleichzeitig zu ergreifen. So ist es denkbar, daß die Gemeinde die Rechtsbeschwerde des § 113 DGO einlegt, gleichzeitig aber in formloser Weise beschwerdeführend bei der nächsthöheren Aufsichtsbehörde im Wege der Aufsichtsbeschwerde vorstellig wird. Daneben kann die Gemeinde gleichzeitig zum Rechtsbehelf der Dienstaufsichtsbeschwerde greifen. Gleiches gilt, wenn der Weg der verwaltungsgerichtlichen Klage beschritten werden kann. In diesen Fällen wird Rechtsregel sein müssen, daß vor der Stellungnahme zum formlosen Rechtsbehelf das förmliche Rechtsmittel zu behandeln ist[151]). Nur bei offensichtlicher Unzulässigkeit oder Unbegründetheit der mit dem Rechtsmittel angegriffenen belastenden Verfügung kann auf den formlosen Rechtsbehelf hin vor Entscheidung über das Rechtsmittel ein Verwaltungsakt mit neuem gesetzmäßigem Inhalt entweder durch die nicht richterlich entscheidende Aufsichtsbehörde selbst — Beschränkungen aus dem Gesetz und dem Sinn der einzelnen Vorschriften — oder auf ihre Weisung — dort, wo Weisung zulässig ist — durch die Erstbehörde (unmittelbar vorgeordnete Aufsichtsbehörde oder den Bürgermeister) ergehen[152]).

Rechtsbehelfe — Popularbeschwerde — wird durch das fehlende Recht auf Bescheid gebannt.

149) Es steht aber nichts entgegen, die völlige Unbeschränktheit der Befugnis zum formlosen Rechtsbehelf anzunehmen, da sich durch das fehlende Recht auf Bescheid rechtliche und tatsächliche Weiterungen nicht ergeben können (‚Weg zum Papierkorb').

150) vgl. Fleiner aaO. S. 236; (bereits Sarwey, aaO. S. 71); Schmidt Gg., ReichVBl. 1935 S. 405; v. Köhler, aaO. S. 243. In diesem Zusammenhang spricht man wohl auch von Rechtsschutz, der sich aus der Einrichtung der öffentlichen Verwaltung als solcher ergibt, ihrem organischen Aufbau und aus dem in der Verwaltung herrschenden sog. Chefsystem.

151) s. auch Rottmann H., aaO. S. 32.

152) Meist wird es sich allerdings bei der sog. Doppelbeschwerde nur darum handeln können, durch den formlosen Rechtsbehelf die Aussetzung oder Verhinderung der Vollziehung des Erstaktes oder auch des auf das echte Rechtsmittel hin ergangenen Bescheides (— Weiterbeschwerde —) zu erreichen. Dabei ist insbesondere für den letzteren Fall zu bedenken, daß bei Vorliegen einer formell rechtskräftigen Entscheidung für den, zu dessen Gunsten die Entscheidung erkennt, ein Anspruch auf die Vollziehung der Entscheidung besteht, der auch auf formlosen (weiteren) Rechtsbehelf hin nicht einseitig vernichtet werden

Die Entscheidung über das echte Rechtsmittel wird auch in diesen Fällen nicht ohne Bedeutung sein: Die Entscheidung ermöglicht oder erleichtert die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen — soweit der § 839 Abs. III BGB wirkt[153]). Das gilt auch, wenn die Gemeinde durch eine ungesetzliche Verfügung der Aufsichtsbehörde in ihrem Selbstverwaltungsrecht oder Selbstbetätigungsrecht verletzt wurde und auf Beseitigung dieser Verletzung durch Erhebung der förmlichen Rechtsbeschwerde des § 113 DGO anträgt[154]).

---

kann. Vgl. für das Zusammentreffen von Rechtsbeschwerde und Aufsichtsbeschwerde Laforet-von Jan-Schattenfroh, aaO. Bd. 1 S. 449; Schattenfroh, aaO. S. 112 Anm. 5.

Ein besonderer Fall der Doppelbeschwerde (— im allgemeinen wird nur dieser Sonderfall als Doppelbeschwerde bezeichnet —) liegt dort vor, wo Rechts- und Ermessensfragen nachzuprüfen sind und wo zur Nachprüfung der Rechtsfragen verwger. Zuständigkeit begründet ist. Da Rechtsfragen zum Verwaltungsrichter, Ermessensfragen zur Verwaltungsbehörde gehen, ergibt sich in diesen Fällen von selbst eine Trennung der Streitsache nach sachlichen Gesichtspunkten. Schwierigkeiten werden sich häufig genug aus der Abgrenzung von Rechts- und Ermessensfragen ergeben (vgl. Anm. 99). (s. Art. 49 Bay. VGG).

153) s. § 839 BGB, Art. 131 WeimV 1919. Vgl. Strickrodt, ReichVBl. 1935 S. 993.

154) Damit berühren wir die Frage des Verwaltungsrechtsschutzes durch die ordentlichen Gerichte (Begriff s. § 13 GVG, Baumbach, aaO. S. 1341). Wir vermeiden es aber, dieser Frage einen eigenen Abschnitt zu widmen, weil die neue Gemeindegesetzgebung in dieser Hinsicht weder in grundsätzlichen Fragen noch in Einzelheiten Bedeutsames brachte, was im Rahmen dieser Arbeit, wo es auf grundsätzliche Betrachtung insb. der Verwaltungsrechtsschutzmittel der Verwaltung selbst ankam, von vordringlichem Interesse wäre. Das gilt, obwohl der gewählte Rechtsschutzbegriff den Schutz der Verwaltungsrechtsordnung durch die ordentlichen Gerichte deckt. Dabei ist zu beachten, daß dieser weite Rechtsschutzbegriff aus der Notwendigkeit und aus dem Wunsch gewählt wurde, für das gesamte Rechtsgebiet einen einheitlichen Rechtsschutzbegriff zu gewinnen (vgl. Huber, ZgS 96 Bd. — 1936 — S. 450). Zu diesem Wunsch kommt die Tatsache, daß durch die ordentliche Gerichtsbarkeit auch dann ein wenigstens mittelbarer Schutz auch der Verwaltungsrechtsordnung bewirkt werden wird (insb. durch die Strafgerichtsbarkeit), wenn Haftungsstreitigkeiten für Sachen, die ihren Grund im öffentlichen Recht haben, der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte entzogen sind, was Ergebnis der Rechtsentwicklung der Gegenwart sein dürfte.

Zum geltenden Recht vgl. in Einzelheiten Lit. und Rechtsprechung zu § 839 BGB, Art. 131 WeimV 1919, §§ 13, 9, 71 GVG; s. für Bayern § 8 S. 4, § 10 II, § 16 S. 3 Bay. AnglVOzDGO v. 1. 4. 1935 (GVBl. S. 180).

Schlußbemerkung.

Wir kehren aus der Vielfalt des einzelnen zu dem Gipfel zurück, von dem aus wir eine Zusammenschau der Teile zum Ganzen haben: Der Staat und das Reich der Deutschen müssen Staat und Reich des Rechtes sein. Ohne materielle und formelle Gerechtigkeit vermag aus den Rechts- und Lebensbeziehungen des völkischen Lebens nicht jener Ordnungsstand des Rechtes zu entstehen, der für das völkische Leben und das Leben des einzelnen Gliedes der Gemeinschaft gleichermaßen unentbehrlich ist, sollen beide in ihrer Wechselbeziehung Frucht bringen.

Die Verhaftung des deutschen Volkes an das Recht und an die am natürlichen Recht ausgerichtete Gerechtigkeit sind die dauerhaften und ewigen Grundlagen seiner Dauer und seines Bestandes!